

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ANDREI TOSHIO HAYASHI

DIREITOS HUMANOS E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: AS JUSTIÇAS
DE TRANSIÇÃO E AS LEIS DE ANISTIA NO CONTINENTE SUL-AMERICANO.

CURITIBA
2014

ANDREI TOSHIO HAYASHI

DIREITOS HUMANOS E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: AS JUSTIÇAS
DE TRANSIÇÃO E AS LEIS DE ANISTIA NO CONTINENTE SUL-AMERICANO.

Trabalho apresentado como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito no curso
de graduação em Direito da Universidade Federal
do Paraná.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Melina Girardi Fachin.

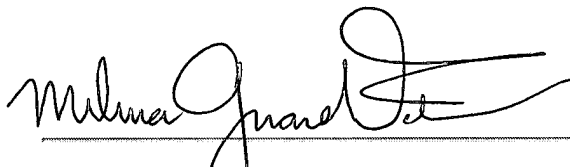
CURITIBA
2014

TERMO DE APROVAÇÃO

ANDREI TOSHIO HAYASHI


Direitos Humanos e Controle de Convencionalidade: As Justiças de Transição e as Leis de Anistia no continente sul-americano.

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



MELINA GIRARDI FACHIN
Orientador

Coorientador



VERA KARAM DE CHUEIRI - *Direito Público*
Primeiro Membro



HELOISA FERNANDES CAMARA
Segundo Membro

A Toshio Hayashi e Mutsumi Hayashi: que
sejam lembrados para sempre.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, estou convicto que esse trabalho não seria possível sem minha família, em especial meus pais e meus avós. Tenho a sorte de ter vivido e viver em um ambiente acolhedor, de intensa preocupação com o próximo e voltado a determinados princípios éticos inabaláveis.

A educação, a atenção e a responsabilidade consubstanciaram pilares da atuação dos meus pais na formação dos filhos. Ao meu pai, Flávio, que sempre ensinou pelo exemplo, e à minha mãe, Adriana, que sempre colocou a virtude na frente de todo o resto, ficam registradas minhas palavras de sincero agradecimento.

Aos meus avós maternos, Emília e Gualberto, que transmitem a sua sabedoria para as filhas e para os netos, e que não medem esforços para que as vidas das pessoas amadas fiquem mais coloridas, deixo, nessas parcas e insuficientes linhas, a marca eterna de minha gratidão, que jamais poderia ser integralmente exposta em palavras.

Aos meus irmãos, Fernando e Thiago, ao lado de quem cresci, desejo todo o sucesso nas suas vidas. Certamente, por terem partilhado do mesmo ambiente, dedicação e esforço não faltarão para que logrem êxito em seus objetivos.

Aos meus amigos da Faculdade de Direito da UFPR, em especial André Thomazoni Pessoa Silva, José Antônio Assad e Faria Junior, Pedro Pannuti, Henrique Pereira, Felipe Gussoli, Galanni Dorado de Oliveira, Rafael Zanella, Caio Quincozes, Felipe Taborda, Mariana Auler, Allan M. Hillani, Gabriel Camargo, Adriana Motter, Isabella Cunha, Beatriz Cassou, Kamai Arruda, Carina Grossi da Silva, Guilherme Zortéa, Bernardo Borges, Guilherme Grando, Vinicius Zoanys, Vitor Kist, Bruna Nowak, Heloisa Wahrhaftig, Marcela Rosa da Silva, Naiara Bittencourt, Cláudia Nagao, Laura Maeda Nunes, Itachir Tagliari e Pablo da Silva Martinez, a trajetória até aqui foi mais tranquila e irreverente na companhia de todos.

Ao Dr. Osvaldo Nallim Duarte, por ter me dado a oportunidade de crescer profissionalmente no Tribunal de Justiça do Paraná, alguns dos caminhos pelos quais esta monografia enveredou certamente possuem influência da minha experiência no gabinete.

Aos Professores da Faculdade de Direito da UFPR, em especial Dr. Eroulths Cortiano Junior, Dr.^a Vera Karam de Chueiri, Dr. Elton Venturi, Dr. José Antônio

Peres Gediel e Dr. Daniel Wunder Hachem, que conseguem transformar os quantitativos títulos acadêmicos em qualitativas transmissões de conhecimento.

À Professora Dr.^a Melina Girardi Fachin, com quem tive o prazer de trocar ideias sobre o tema desta monografia desde o ano de 2012 e cuja impecável orientação foi de grande importância para a publicação dessas linhas, o dedicado estudo e as preciosas exposições inspiram todos os seus alunos.

Por fim, à Alani Maria Benvenuti, por alegrar os dias tristes, colorir os cinzas (e são muitos em Curitiba) e ter transformado minha vida. Tive sorte de encontrar uma pessoa como você. Obrigado pelo apoio incondicional e pelas muitas revisões feitas *ex officio* nesta monografia, sempre com apontamentos relevantes que certamente a tornaram mais clara.

*“A felicidade só é real quando
compartilhada.”*

Christopher McCandless.

RESUMO

O presente trabalho procurou enfocar o controle do direito interno dos países latino-americanos, enfaticamente o Brasil, em face do sistema interamericano, esse entendido como o conjunto formado pelas disposições normativas e jurisprudenciais de direitos humanos. Tal controle, exercido tanto internamente pelos juízes e tribunais nacionais, quanto no âmbito da Comissão e da Corte Interamericana, revela-se instigante no que tange à temática das leis de anistia. Este debate situa-se na linha de frente do processo de disputa sobre a concepção de democracia e os pilares da justiça de transição, noção de incomensurável importância ao se analisar o panorama das incipientes democracias na América do Sul e Central. O passado autoritário comum à maioria dos países no continente suscitou, quando do advento de regimes democráticos, discussões sobre a validade e eficácia das leis de anistia, muitas das quais perduram até hoje. A Corte Interamericana consolidou entendimento quanto ao assunto, afirmando que as leis de anistia configuram ilícito internacional e violam a Convenção Interamericana. Assim, resta indispensável estudar como se relacionam as leis de anistia frente às disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos e aos precedentes da CIDH nos diferentes países da região, salientando o atual estado da arte no ordenamento jurídico pátrio. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF nº 153 em 2010, rejeitou o pedido apresentado pelo Conselho Federal da OAB para que fosse conferida nova interpretação à Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79). No mesmo ano, contudo, a Corte Interamericana condenou o país no caso *Gomes Lund*, determinando a invalidade da Lei nº 6.683/79 e gerando aparente incompatibilidade com a decisão do STF. Diante desse quadro, a teoria do “duplo controle” propicia bases para que a condenação da Corte Interamericana prevaleça e a aplicação da lei de anistia seja afastada, possibilitando que o direito à justiça seja efetivamente concretizado.

Palavras-Chave: direitos humanos – direito internacional – controle de convencionalidade – leis de anistia – justiça de transição – democracia

ABSTRACT

This study sought to focus on the control of the domestic law of Latin American countries, Brazil emphatically, in face of the Inter-American system, that understood as the whole formed by the normative and jurisprudence provisions of human rights. Such control, exercised both internally by the judges and by courts, as in the Commission and the Inter-American Court, proves to be instigating when it comes to the topic of the amnesty laws. This debate lies at the forefront of the dispute process on the ideal conception of democracy and transitional justice, which is a concept of immeasurable importance when analyzing the prospect of fledgling democracies in South and Central America. The authoritarian past common to most countries on the continent raised, when the advent of democratic regimes, discussions about the validity and effectiveness of amnesty laws, most of them that endure until today. The Inter-American Court has consolidated understanding on the subject, stating that the amnesty laws constitute international illicit and violate the American Convention on Human Rights. Therefore, it remains essential to study how the amnesty laws relate ahead to the provisions of the American Convention on Human Rights and the precedents of Inter-American Court in the different countries of the region, emphasizing the Brazilian legal order. In Brazil, the Supreme Court, in ruling on the ADPF n. 153 in 2010, rejected the request made by the Federal Council of OAB to be given new interpretation to the Amnesty Law (Law n. 6.683/79). In the same year, however, the Inter-American Court condemned the country in the case of *Gomes Lund*, determining the invalidity of the Law n. 6.683/79 and generating apparent incompatibility with the Supreme Court decision. Given this situation, the theory of “dual control” provides ground for the Inter-American Court’s condemnation prevail and the inapplicability of the amnesty law, allowing the right to justice to be effectively implemented.

Keywords: human rights – international law – conventionality control – amnesty laws – transitional justice - democracy

LISTA DE ABREVIATURAS E/OU SIGLAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CF – Constituição Federal

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

MPF – Ministério Público Federal

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A MUDANÇA PARADIGMÁTICA: RELATIVIZANDO O CONCEITO DE SOBERANIA ESTATAL EM PROL DO <i>HUMAN RIGHTS APPROACH</i>	16
2.1 DIREITOS HUMANOS: DE OBJETO EXCLUSIVO DA JURISDIÇÃO DOMÉSTICA A ALVO DE PREOCUPAÇÃO EM NÍVEL GLOBAL	16
2.2 O ADVENTO DO SISTEMA INTERAMERICANO: ESTRUTURA, FUNCIONAMENTO E DESAFIOS	24
3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: RECEPÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL E O DIÁLOGO JURISDICIONAL	39
3.1 STATUS HIERÁRQUICO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: EXPOSIÇÃO CRÍTICA DAS CORRENTES TEÓRICAS	39
3.2 O DIÁLOGO JURISDICIONAL: O FILTRO DE CONVENCIONALIDADE COMO CONSEQUÊNCIA LÓGICA DA EXPANSÃO DOS DIREITOS HUMANOS	50
3.3 O COMANDO EXPRESSO PARA A ADOÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA E A AUTONOMIA DO CRIVO DE CONVENCIONALIDADE	64
4 LEIS DE ANISTIA: AS JUSTIÇAS DE TRANSIÇÃO NO CONTINENTE SUL-AMERICANO E O CASO BRASILEIRO	72
4.1 AS DITADURAS MILITARES E AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS: A CONSTRUÇÃO E ADOÇÃO DOS MECANISMOS DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO	72
4.2 O SISTEMA INTERAMERICANO E A CONCRETIZAÇÃO DAS PAUTAS DA <i>TRANSITIONAL JUSTICE</i> : O DIREITO À JUSTIÇA E O RECHAÇO ÀS LEIS DE ANISTIA	80
4.3 A LEI DE ANISTIA BRASILEIRA ENTRE A CORTE INTERAMERICANA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A NECESSÁRIA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DUPLO CONTROLE	90
5 CONCLUSÃO	104
REFERÊNCIAS	110

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se debruça sobre uma questão em voga em debates contemporâneos no âmbito do direito constitucional e do direito internacional dos direitos humanos. O controle de compatibilidade das leis e atos normativos internos em face das disposições normativas internacionais, também chamado de controle de convencionalidade, vem adquirindo matizes teóricos bem delineados e desempenhando um papel importante na proteção dos direitos humanos na América Latina.

O processo de expansão dos direitos humanos, que ocorreu especialmente após a 2ª Guerra Mundial, inaugurou a concepção contemporânea desses direitos a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Após o aparecimento do sistema global de proteção dos direitos humanos, os sistemas regionais despontaram como instâncias de proteção das vítimas e assumiram uma função essencial nas diferentes regiões do mundo.

Na América Latina, o sistema regional se desenvolveu concomitantemente ao (res)surgimento dos regimes democráticos, participando da transição política e afirmando a necessidade de aplicação das disposições normativas internacionais. O controle de convencionalidade aparece, então, como consequência lógica do direito internacional dos direitos humanos, sendo que, tanto a Corte e a Comissão Interamericanas quanto os órgãos internos dos países membros, todos responsáveis por efetivar as normativas da Convenção Americana de Direitos Humanos e de outros tratados componentes do sistema, devem atuar com base no princípio da norma mais favorável à vítima, seja ela de direito interno ou internacional.

É nesse quadro de diálogo entre os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos e os ordenamentos internos que se insere o exame da validade das leis de anistia no continente americano. Os processos transicionais distintos em cada país traduzem a necessidade de um olhar atento, mas sempre tendo como pano de fundo os direitos humanos e a posição pacificada do direito internacional quanto às anistias.

Verifica-se que um estudo detido dessa temática está no centro dos vasos comunicantes existentes entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos, inserindo-se especificamente em discussões sobre concepções

controversas, tais como soberania e justiça de transição. Resta imprescindível que se pormenorize as complexas relações existentes entre Estado, Constituição e indivíduo sob a coloração dos direitos humanos, e a pauta das leis de anistia irrompe como um campo propício a um rico debate sobre essas questões, além da concretização dos mecanismos da justiça de transição e a compreensão do alcance do direito internacional nessa área.

O primeiro capítulo desta monografia trata, então, da relativização da soberania interna em matéria de direitos humanos, posterior à constatação de que relegar a proteção da dignidade do indivíduo exclusivamente à jurisdição doméstica decorreu no nascimento de regimes nazifascistas genocidas, demandando respostas efetivas ao fim do conflito armado.

Houve uma mudança paradigmática que realocou o ser humano, de uma posição submissa aos poderes estatais para um *topos* de centralidade. O *human rights approach*, pois, irrompe em detrimento do *state approach*, abrindo espaço para os tratados internacionais de direitos humanos ao lado da Constituição e formando um oxigenado trapézio normativo no lugar da hermética pirâmide tradicional.

Discorrer-se-á brevemente sobre o sistema global de proteção dos direitos humanos, baseado exatamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, atentando, após, para as nuances do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. A estrutura do sistema regional (seus órgãos – Comissão e Corte Interamericanas – e tratados, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos) será objeto de análise pormenorizada, bem como seu funcionamento e o contexto no qual foi formado. Quanto ao último, veremos que o sistema nasceu na época das ditaduras militares na América Latina, atuando timidamente no início para, depois da queda dos regimes de exceção, assumir um papel insubstituível no cenário de transição política.

No segundo capítulo, a ideia é abordar a recepção, nos diversos ordenamentos internos, das normativas internacionais e das decisões que passaram a emanar da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Antes, há necessidade de realizar uma aproximação teórica no que concerne ao *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, elencando criticamente as distintas correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre a matéria. A imprescindível construção principiológica da primazia da norma mais favorável à vítima entra em

cena, advogando pela aplicação da norma que melhor tutele um direito ou uma liberdade, seja ela uma norma interna (constitucional ou não) ou uma norma internacional.

Posteriormente, o controle de convencionalidade, como consequência natural do diálogo entre o sistema regional e as ordens normativas internas, torna-se o foco do capítulo, havendo a exposição de um conceito e das ideias inerentes a esse novo parâmetro de compatibilidade. No sistema interamericano, o mencionado controle deve ser visualizado no exercício da jurisdição consultiva e contenciosa dos órgãos regionais e como uma obrigação para os poderes constituídos dos Estados.

No Brasil, o controle jurisdicional de convencionalidade pode ser concentrado ou difuso, devendo, por conseguinte, ser exercido tanto pelo Supremo Tribunal Federal, no caso de tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo rito do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, como por todos os juízes e tribunais nacionais, tendo como parâmetro todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e os precedentes dos órgãos regionais.

Destarte, é importante que exista um diálogo entre Cortes para que não ocorra uma interpretação nacional de disposições normativas internacionais. Na hipótese dessa fertilização inexistir, é de se afirmar que o controle de convencionalidade consubstancia um crivo apartado e autônomo, que tem a prerrogativa de invalidar normas internas, ainda que admitidas constitucionais. Partindo dessa constatação, a teoria do duplo controle veicula essa compreensão de que qualquer lei deve passar por dois filtros: constitucionalidade e convencionalidade.

No último capítulo, o objetivo é relacionar toda a construção teórica relativa ao processo de expansão dos direitos humanos e ao controle de convencionalidade com a temática das leis de anistia. O passado autoritário comum à maioria dos países latino-americanos, que, no contexto da Guerra Fria e das oscilações diplomáticas da época, foi marcado pelas ditaduras militares, aliado às incipientes democracias da região, permitem uma rica análise acerca da transição política no continente.

Com a queda dos regimes antidemocráticos e a edição de leis que anistiavam os agentes governamentais responsáveis por sistemáticas violações aos direitos humanos, a justiça de transição apresenta-se como um conjunto de mecanismos que permite lidar com o passado e projetar o futuro, atentando para as

especificidades de cada conjuntura espaço-temporal. O detalhamento dessa concepção em quatro pautas mínimas, quais sejam, o direito à reparação, o direito à verdade, o direito à justiça e as reformas institucionais, bem como a adoção da visão holística do instituto, constituem desafios a serem enfrentados nessa parte do trabalho.

A contribuição do sistema interamericano para o delineamento da justiça de transição implicou que os seus órgãos regionais (Comissão e, principalmente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos) atuassem de maneira decisiva nesse campo, entabulando compromissos mínimos para os países. Assim, a CIDH, vendo no direito à justiça um sustentáculo imprescindível de um processo transicional justo, vem a solidificar o entendimento de que as leis de anistia constituem ilícitos internacionais e que não devem constituir óbices para a investigação, processamento e eventual punição dos agentes da repressão responsáveis por graves violações dos humanos.

Analisar-se-á, então, diferentes casos, envolvendo vários países, em que a CIDH entendeu que as leis de anistia deveriam ser revogadas, e outros em que os próprios tribunais internos assim o fizeram. Finalmente, o caso da lei de anistia brasileira (Lei nº 6.683/79) será minudenciado, expondo-se criticamente a decisão da Corte Interamericana no caso *Gomes Lund* e o acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153, ambos com suas peculiaridades. O objetivo é demonstrar que, apesar do aparente conflito entre ambas as decisões, a tese de que há uma atuação em apartado do controle de constitucionalidade (ADPF nº 153) e do controle de convencionalidade (caso *Gomes Lund*) autoriza a conclusão de que a lei de anistia deve ser invalidada por ser declaradamente inconvencional.

A intenção, portanto, é a de, relacionando a transformação ocorrida no campo dos direitos humanos e do direito internacional após a 2ª guerra mundial com o instituto do controle de convencionalidade, ofertar uma conclusão sólida no sentido da inaplicabilidade das leis de anistia, atentando especialmente para o caso brasileiro. Toda a construção teórica feita no trabalho leva à afirmação de que uma defesa intransigente dos direitos humanos perpassa, necessariamente, pela exigência de respeito aos mecanismos da justiça de transição, dentre eles o direito à justiça, vez que somente assim é possível garantir uma verdadeira ruptura com o autoritarismo e a repressão, ainda tão presentes na realidade nacional e latino-americana.

2 A MUDANÇA PARADIGMÁTICA: RELATIVIZANDO O CONCEITO DE SOBERANIA ESTATAL EM PROL DO *HUMAN RIGHTS APPROACH*

2.1 DIREITOS HUMANOS: DE OBJETO EXCLUSIVO DA JURISDIÇÃO DOMÉSTICA A ALVO DE PREOCUPAÇÃO EM NÍVEL GLOBAL

Está fadada à insuficiência a teorização sobre qualquer tema relativo aos direitos humanos, atualmente, que não se embase, direta ou indiretamente, na transformação da concepção moderna de soberania e no processo de expansão dos direitos humanos ocorridos no último século.¹

Em outras palavras, é inconcebível sustentar, após os eventos que se desenvolveram após a Segunda Guerra Mundial, que há uma competência exclusiva do sistema jurídico interno em matéria de direitos humanos, ou que as obrigações internacionais firmadas pelos Estados para a proteção desses direitos detêm um caráter de mera recomendação.²

Os direitos humanos, que possuem nítida natureza histórica, sendo resultado de avanços e recuos dentro de determinado contexto fático-temporal, devem ser compreendidos à luz desse “constante processo de construção e reconstrução”³.

É possível, portanto, distinguir fases do desenvolvimento dos direitos humanos, ao menos no Ocidente, partindo especificamente da ideia de direitos naturais universais para a de direitos positivados internamente (advento da noção de

¹ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito supraconstitucional: Do Absolutismo ao Estado Constitucional Humanista de Direito**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 82.

² RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29.

³ ARENDT, Hannah *apud* PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 181.

direitos fundamentais⁴), e culminando na emblemática denominação de direitos positivos universais.⁵

No entanto, com razão Walter Benjamin ao criticar a pretensão de conferir linearidade à história. As mencionadas fases do desenvolvimento não são sequenciais, mas sim complementares, e devem ser compreendidas como um modo didático de demonstrar que os direitos humanos passam por transformações, as quais devem ser estudadas a partir de suas vicissitudes.⁶

Verifica-se, então, que os direitos humanos, até o início da era das codificações, restringiram-se aos postulados jusnaturalistas, e, após, quedaram-se abrangidos pelas Constituições internas, sendo aplicados única e exclusivamente no território previamente delimitado dos Estados.

A tradicional ideia de soberania estatal estava estreitamente ligada à compreensão de que os direitos humanos eram questão a ser tratada internamente, com base em leis próprias, inexistindo qualquer abertura relevante para comunicação internacional nessa área. Esse fato permitiu que a Alemanha, sob a égide do regime nazista, aplicasse leis manifestamente contrárias aos direitos humanos, resultando em uma catástrofe de proporções incomensuráveis.⁷

A internacionalização dos direitos humanos, por sua vez, relaciona-se, ao menos na parte ocidental do globo, com a supracitada ideia de direitos positivos universais, vez que hoje há uma intrincada cadeia normativa, no plano internacional, que visa à proteção dos direitos inerentes ao valor da dignidade humana⁸, convivendo com os direitos positivados na esfera constitucional interna dos Estados.

Flávia Piovesan explicita que o “Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho situam-se como os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos.”⁹ Para a autora, o direito

⁴ Para Ingo Wolfgang Sarlet, “direitos humanos” seriam aqueles “reconhecidos pela ordem jurídica internacional e com pretensão de validade universal”, e os “direitos fundamentais” seriam os “reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 251).

⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 19.

⁶ BENJAMIN, Walter. **Obras escolhidas**. vol. 1. Magia e técnica, arte e política – ensaios sobre a literatura e história da cultura. trad. Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1987

⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 41-42.

⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 183.

⁹ PIOVESAN, Flávia. Idem, *ibidem*.

humanitário, que objetiva a proteção de direitos fundamentais de militares postos fora de combate e populações civis em caso de conflito armado, constitui, no âmbito internacional, “a primeira expressão de que (...) há limites à liberdade e à autonomia dos Estados, ainda que na hipótese de conflito armado.”¹⁰

A Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho, por sua vez, também apareceram como instrumentos aptos a denunciar as deficiências da noção vigente de soberania estatal. De fato, no início do século XX (principalmente após a Primeira Guerra Mundial), defender a soberania “hobbesiana” já ia de encontro com as propostas de cooperação interestatal e de busca de um padrão digno de condições de trabalho nos diferentes países do globo, o que fez com que os Estados assumissem obrigações internacionais e admitissem intervenções em matéria de direitos humanos.¹¹

O início do processo de internacionalização também é concomitante com a derrocada da ideia de que somente os Estados são aptos a serem sujeitos no plano do Direito Internacional. Observa-se que os três institutos mencionados (Direito Humanitário, Liga das Nações e Organização Internacional do Trabalho) demonstraram uma preocupação com o indivíduo e seus direitos, e não apenas com relações governamentais ou interesses meramente estatais¹².

É de se enfatizar, entretanto, que esse processo de internacionalização dos direitos humanos somente adquiriu contornos mais visíveis e sólidos após o término da Segunda Guerra Mundial. A metade do século passado, período marcado pela banalização do mal¹³ e total desconsideração pelos direitos humanos, demandou uma reação no plano internacional às atrocidades cometidas na era Hitler.

Com efeito, há uma crença de que um efetivo sistema internacional de proteção aos direitos humanos poderia, à época, evitar a desastrosa dimensão que o Holocausto, por exemplo, adquiriu durante o conflito armado¹⁴. Foi necessário um reencontro com o pensamento kantiano, segundo o qual “a justiça obriga-nos a

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Idem*, p. 184.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Idem*, p. 186.

¹² PIOVESAN, Flávia. *Idem*, p. 187.

¹³ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

¹⁴ BUERGENTHAL, Thomas *apud* PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 189.

preservar os direitos humanos de todos (...) simplesmente porque são seres humanos, seres racionais e, portanto, merecedores de respeito”¹⁵:

Sob essa perspectiva se manifesta a aguda crítica e o repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal – tendo em vista que o nazismo e o fascismo ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei.¹⁶

A noção cunhada por Hannah Arendt do “direito a ter direitos”, tomado à força de determinados indivíduos durante o nazismo, deveria ser devolvido pela comunidade internacional ante a constatação de que o Estado condicionou absurdamente a titularidade de direitos ao pertencimento a determinada raça, e violou gravemente, se não a ordem jurídica interna, os direitos naturais universais, naquela primeira fase abordada por Norberto Bobbio.

Assim, no pós-guerra, foi imprescindível que houvesse uma resposta à altura das barbáries perpetradas, e isso foi o impulso de uma reconstrução do paradigma¹⁷ dos direitos humanos no plano internacional, já iniciado no começo do século, que deveria prevenir violações futuras ao conferir ao ser humano o valor que lhe é inerente.¹⁸

Valerio de Oliveira Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes propõem uma abordagem a partir das chamadas “ondas evolutivas”¹⁹. Apesar dessa denominação, a ideia dos autores não implica em uma estrutura linear de evolução, ressaltando-se a atual convivência entre todas as “ondas”.²⁰ Segundo os autores, é possível analisar o

¹⁵ SANDEL, Michael J. **Justiça** – O que é fazer a coisa certa. 9 ed. trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 156.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 42.

¹⁷ A noção de paradigma foi objeto da obra de Thomas Kuhn. Para o autor, “um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham”, sendo que a transição de um paradigma para outro decorre do advento de uma “crise”. (Ver KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva S/A, 1998.)

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 190-191.

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Obra citada, 2013.

²⁰ Apesar de estarmos vivenciando as ondas do internacionalismo e do universalismo, “as duas primeiras ondas evolutivas do Direito (legalismo e constitucionalismo) não desapareceram com o irrompimento da terceira onda (do internacionalismo), e muito menos com a quarta onda (do universalismo). Todas essas ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça contribuíram (e contribuem) para deixar claro o papel do Estado no que tange à proteção dos direitos humanos” (GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). **Crimes da ditadura militar**: uma análise

Estado, o Direito e a Justiça, partindo do absolutismo (“onda zero”) e perpassando o legalismo, o constitucionalismo, o internacionalismo e o universalismo. Resumidamente, o internacionalismo referir-se-ia ao advento dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, enquanto o universalismo estaria ligado ao sistema global de proteção dos direitos humanos.

Nas fases internacionalista e universalista não mais vigora o princípio do *domestic affair* (não ingerência sobre questões internas), que impunha restrições ao campo de atuação do direito internacional, mas sim o princípio do *international concern*, “que significa que o gozo efetivo, pelos cidadãos de todos os Estados, dos direitos e liberdades fundamentais, passa a ser verdadeira questão de direito internacional.”²¹

Com isso, advogar pela existência de uma soberania estatal absoluta, após o processo consolidado no pós-guerra, é completamente inconsistente e atemporal. Não há mais como negar a mudança de paradigma jurídico, mais especificamente a transformação da hermética pirâmide centrada no *state approach* para a permeabilidade do trapézio centrado no *human rights approach*.

Tratando da cultura jurídica na América Latina, Flávia Piovesan aponta que, por um significativo lapso temporal, o paradigma instituído baseou-se no esquema piramidal em que a Constituição era o ápice do ordenamento, adotando-se a teoria kelseniana²² para a “afirmação de um sistema jurídico endógeno e autorreferencial (...), [no] hermetismo de um Direito purificado, com ênfase no ângulo interno da ordem jurídica, (...) [e no] *state approach*”²³. O Estado, então, detinha prerrogativa exclusiva de editar e aplicar normas, afastando qualquer interferência externa sobre seu território e cidadãos.

à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 58).

²¹ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). **Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 56.

²² A autora assevera que a obra de Kelsen não tem sido bem interpretada, já que o jurista austríaco sustentava a superioridade do Direito Internacional frente aos ordenamentos internos. Ver nota de rodapé nº 3 em PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 390.

²³ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). Obra citada, p. 390.

A crise que resultou dos eventos ocorridos no pós-guerra confere espaço ao aparecimento de outro paradigma, que substitui a pirâmide (somente a Constituição no ápice do ordenamento jurídico) pelo trapézio (Constituição e tratados internacionais de direitos humanos figuram no ápice), permite a abertura do Direito por meio do diálogo do âmbito interno com o externo (exemplo primordial é o necessário diálogo entre jurisdições e entre Cortes, profundamente abordado por André de Carvalho Ramos²⁴) e, por fim, enfatiza, no lugar do *state approach*, o *human rights approach*. Nesse quadro, a prioridade é a dignidade do ser humano e a tutela dos direitos humanos.^{25 26}

As considerações da autora vão ao encontro das características das ondas internacionalista e universalista anteriormente aduzidas, corroborando o fato de que a crise da soberania interna e externa dos Estados implica em uma transição paradigmática. De fato, é do jurista brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade a afirmação de que “não se pode visualizar a humanidade como sujeito de Direito a partir da ótica do Estado; impõe-se reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade.”²⁷

É nesse contexto que se afirma a necessidade dos poderes internos (Executivo, Legislativo e Judiciário) se amoldarem à aplicação do princípio *pro homine* ou *pro persona*²⁸, implicando no prevalecimento, em caso de eventual conflito, da norma que melhor tutela um direito ou uma liberdade do indivíduo ou grupo, independentemente da origem do comando, se proveniente da lei estatal ou de tratado/órgão internacional.

²⁴ RAMOS, André de Carvalho. O diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Lílilana Lyra (org.). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. 1. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

²⁵ PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 390-392.

²⁶ Sobre a relação entre direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana, Ingo Sarlet assevera o último é uma “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60).

²⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; ROBLES, Manuel E. Ventura. **El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, 2003.

²⁸ A nomenclatura do princípio não se revela uma questão tautológica. De fato, o avanço nas questões de gênero deve ser colocado sob o prisma acadêmico de modo que o questionamento e a mudança possam adquirir escalas maiores.

Observa-se que toda essa construção teórica fundamenta a viabilidade lógica de se repetirem os compromissos assumidos na seara internacional, se mais protetivos à vítima. A virada copernicana iniciada no início do século XX e consolidada após a Segunda Guerra Mundial leva à conclusão irrefutável de que os direitos humanos são um limite inegociável à liberdade dos Estados.

Para o jurista alemão Peter Häberle, pode-se falar na existência de um “Estado Cooperativo”, vez que ele “adiciona à sua estrutura elementos de abertura, cooperação e integração que descaracterizam o Estado Nacional como estrutura fechada, centrada na soberania nacional.”²⁹

Isso significa dizer que, concomitante ao fato dos direitos terem se tornado um tema de legítimo interesse internacional, as próprias Constituições nacionais passaram a prever dispositivos que permitem a oxigenação do ordenamento interno a partir da integração com o sistema normativo internacional, tendo-se que “ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional.”³⁰

O principal exemplo disso é a cláusula de abertura prevista no artigo 5º, §2º, da nossa Constituição Federal de 1988, que estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, e que será analisada de modo pormenorizado adiante.

Nesse aspecto, também não merece guarida, *prima facie*, a alegação de que as instâncias internacionais criadas para proteção dos direitos humanos careceriam de legitimidade para interferir em questões internas dos Estados. Relembrando a proposição de Norberto Bobbio acerca das fases dos direitos humanos, essa fase internacionalista/universalista implica em afirmar os direitos humanos enquanto direitos positivos universais, configurando a ideia de constitucionalismo global. O Estado, segundo Konrad Hesse, estaria “supranacionalmente atado”³¹ à efetivação dos postulados da dignidade humana.

É por essa razão que, quando um Estado falha, seja pela inexistência de disposição normativa ou pela não aplicação de disposição existente com vistas à

²⁹ HABERLE, Peter. **O Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

³⁰ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 93.

³¹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Safe, 1998, p. 105-106.

proteção dos direitos humanos, cabe ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos incumbir-se nesta tarefa primordial de conferir tutela efetiva às vítimas.³²

Tornando-se preocupação do direito internacional, os direitos humanos foram objeto de atenção, no que podemos denominar de início da fase contemporânea desses direitos, da Carta das Nações Unidas de 1945 e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

O sistema global de direitos humanos, inaugurado pelas supracitadas Carta de São Francisco de 1945 e Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, foi responsável por instituir um mínimo ético e fundar as bases contemporâneas no que tange aos direitos humanos, agasalhando os pilares da universalidade (extensão global dos direitos humanos, inadmitindo condicionantes) e da indivisibilidade (interdependência entre direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos e culturais).³³

A Carta das Nações Unidas regulou a estrutura e funcionamento da ONU, instituindo os órgãos a ela vinculados. Nessa lista, figuram a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, a Corte Internacional de Justiça (principal órgão judicial, mas que não admite indivíduos como partes), o Secretariado, o Conselho Econômico e Social e o Conselho de Tutela.³⁴ Dessa forma, a Carta da ONU “consolida, assim, o movimento de internacionalização dos direitos humanos, a partir do consenso de Estados que elevam a promoção desses direitos a propósito e finalidade das Nações Unidas”³⁵.

Quanto à Declaração Universal, verifica-se que ela materializou um acordo multilateral quanto às bases mínimas para que o indivíduo possa desenvolver sua personalidade. Estabeleceu-se a prioridade aos direitos e liberdades do ser humano, iniciando um movimento que entrelaçou a dignidade à mera condição de pessoa, proibindo qualquer óbice ao reconhecimento e concretização dessa máxima.³⁶

³² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 191.

³³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 45.

³⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 198.

³⁵ PIOVESAN, Flávia. *Idem*, p. 203.

³⁶ PIOVESAN, Flávia. *Idem*, p. 209-210.

Apesar da imensa importância que ainda a reveste, a referida declaração não possui, sob um enfoque técnico-jurídico restrito, força vinculante³⁷. Isso porque não há como responsabilizar legalmente os Estados que não protejam os direitos reconhecidos no documento.³⁸ Diante desse cenário, “após a sua adoção, em 1948, instaurou-se larga discussão sobre qual seria a maneira mais eficaz de assegurar o reconhecimento e a observância internacional dos direitos nela previstos”³⁹.

Houve, então, a imputação de obrigatoriedade ao cumprimento da Declaração Universal, mediante a elaboração de dois tratados internacionais no ano de 1966, quais sejam, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A Declaração de 1948, em conjunto com os dois diplomas internacionais supracitados, formaram a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos, que constitui o principal pilar do sistema global.⁴⁰

Após o surgimento do “Sistema ONU”, é de se detalhar o aparecimento dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, eis que, além de consistirem em construções de inegável importância para a proteção internacional da(s) vítima(s), o exame de um deles em específico (sistema interamericano) é essencial para os objetivos propostos nos capítulos seguintes.

2.2 O ADVENTO DO SISTEMA INTERAMERICANO: ESTRUTURA, FUNCIONAMENTO E DESAFIOS

Pode-se assinalar que o direito internacional dos direitos humanos subdivide-se em dois: o sistema global e os sistemas regionais (sistemas interamericano, europeu e africano⁴¹). Esses sistemas são tidos por complementares

³⁷ Podem-se citar vários argumentos que vão de encontro a esse posicionamento. Para Flávia Piovesan, “a Declaração Universal tem sido concebida como a interpretação autorizada da expressão ‘direitos humanos’, constante da Carta das Nações Unidas, apresentando, por esse motivo, força jurídica vinculante.” (PIOVESAN, Flávia. *Idem*, p. 217).

³⁸ PIOVESAN, Flávia. *Idem*, p. 231.

³⁹ PIOVESAN, Flávia. *Idem*, *ibidem*.

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. *Idem*, p. 232.

⁴¹ Além desses três sistemas regionais, pode-se citar a recente criação de um sistema árabe, imerso em um mar de incompatibilidades com o sistema global de proteção dos direitos humanos. Há, ainda, a proposta de criação de um sistema asiático.

e nunca antagônicos, vez que o objetivo é reforçar e/ou ampliar a proteção conferida aos direitos humanos.⁴²

Após a instituição do sistema global, seguiu-se uma trajetória de alargamento da proteção normativa, com a edição de tratados globais e regionais:

A partir da década de 1960, o desenvolvimento dito *legislativo* do Direito Internacional dos Direitos Humanos foi intenso. (...). A estratégia internacional perseguida foi a de ampliar, sem qualquer preocupação com redundâncias (vários direitos são mencionados repetidamente nos diversos tratados), a proteção internacional ao ser humano.⁴³

A título de exemplificação, convém asseverar que foi nesse contexto de elaboração intensa de tratados internacionais, tanto globais como regionais, que, em 1969, foi assinada a Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica.⁴⁴

A CADH, em que pese assinada em 1969, somente entrou em vigor em 1978, com o depósito do 11º instrumento de ratificação. A convenção engloba apenas países membros da Organização dos Estados Americanos (25 dos 35 Estados-membros da OEA fazem parte da CADH) e integra o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Como principal instrumento normativo supranacional de proteção dos direitos humanos na América, a Convenção Americana consolidou o que pode ser chamado de constitucionalismo regional no continente, reforçando e complementando o que foi inaugurado pela *International Bill of Rights* (trinca formada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966).

Pode-se enfatizar, dentre as vantagens dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, a maior facilidade de formação de consenso entre os Estados signatários quanto ao teor das disposições normativas e da competência dos órgãos

⁴² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 98-99.

⁴³ RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29.

⁴⁴ A Convenção Americana de Direitos Humanos foi precedida pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a qual foi aprovada na IX Conferência Internacional Americana ocorrida em 1948 na cidade de Bogotá. Cabe salientar que essa declaração foi editada anteriormente à própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, influenciando os países americanos a ratificarem o documento da ONU.

de fiscalização, além de propiciar ao cidadão instâncias internacionais voltadas aos direitos humanos que se situam mais próximas das vítimas, tanto do ponto de vista geográfico como do cultural.⁴⁵

Em se tratando dos direitos civis e políticos, a CADH praticamente reproduz o que fora estipulado no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. No que tange aos direitos econômicos, sociais e culturais, o artigo 26 da CADH impõe o comprometimento dos Estados signatários com um “desenvolvimento progressivo”, para que esses direitos sejam efetivados de modo gradual, “na medida dos recursos disponíveis.”

Nesse aspecto, pode-se fazer uma crítica à CADH na medida em que ela realizou uma diferenciação no trato dos direitos civis e políticos e dos direitos sociais, econômicos e culturais, desrespeitando a indivisibilidade e interdependência entre esses “dois grupos” de direitos já proclamadas na Declaração Universal de Direitos Humanos. De fato, parece insustentável afirmar que os direitos sociais, econômicos e culturais são dependentes dos recursos disponíveis, posto que todos os direitos são custosos⁴⁶.

É de se enfatizar, portanto, a apresentação, por parte da OEA, do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, mais conhecido como Protocolo de San Salvador⁴⁷, quando se reconheceu no preâmbulo que “só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento de temor e miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais”.

Para que o conteúdo da Convenção Americana não se tornasse mera previsão normativa sem a necessária aplicabilidade, o mencionado pacto internacional estabeleceu, a partir da Parte II, Capítulo VI (artigos 33 e seguintes), os órgãos competentes “para conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes”.

O fenômeno transcorrido no pós-guerra reverberou de forma singular no continente e abarca, de certo modo, questionamentos ímpares sobre a influência da Convenção Americana de Direitos Humanos e os órgãos instituídos pelo pacto,

⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 94-95.

⁴⁶ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁴⁷ O protocolo foi assinado em 1988, tendo entrado em vigor somente em 1999 com o depósito do 11º instrumento de ratificação.

quais sejam, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana foi criada em 1959, anteriormente, portanto à edição da CADH, e sua competência abrange, além dos Estados membros da Convenção Americana, quanto aos direitos encartados nesse pacto, os Estados membros da OEA (Organização dos Estados Americanos), quanto aos direitos catalogados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948.⁴⁸

Dentre suas funções, estão a elaboração de recomendações e solicitação de informações aos Estados, a realização de estudos pertinentes à situação dos direitos humanos no continente e a submissão de um relatório anual à Assembleia Geral da OEA.⁴⁹

Contudo, no âmbito deste trabalho, a função da Comissão Interamericana a ser enfatizada é a do exame de petições encaminhadas por indivíduos ou organizações governamentais ou não governamentais (não somente as vítimas, portanto), veiculando narrativas que supostamente implicam em violação a algum(ns) dos direitos humanos previstos na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem ou na Convenção Americana de Direitos Humanos.⁵⁰

No que concerne à CADH, o Estado, no momento em que ratifica o Pacto de San José da Costa Rica, aceita a competência da Comissão Interamericana para analisar as supracitadas petições, sendo prescindível qualquer tipo de autorização específica.⁵¹ O fato de os indivíduos poderem recorrer a este órgão internacional de proteção dos direitos humanos revela, na prática, que o Direito Internacional transformou-se a ponto de conferir ao cidadão a qualidade de sujeito, a qual anteriormente era exclusiva dos Estados, apesar da ainda inexistente previsão de acesso direto do indivíduo ao órgão jurisdicional (Corte Interamericana).

A Comissão também pode receber comunicações interestatais em que se aduza a violação de direitos humanos, mas, para isso, faz-se imprescindível que o Estado denunciado aceite essa competência do órgão. Essas comunicações são

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 137.

⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. Idem, ibidem.

⁵⁰ Artigo 44 da CADH: “Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte.”

⁵¹ PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 139.

muito pouco utilizadas pelos Estados, que se quedam inertes diante de eventuais violações e conferem prevalência à diplomacia em detrimento da proteção dos direitos humanos.⁵²

As petições encaminhadas para exame devem possuir alguns requisitos, tais como o prévio esgotamento dos recursos internos⁵³ (ideia da subsidiariedade do procedimento internacional em respeito à ainda vigente, porém mitigada, soberania estatal) e a inexistência de litispendência, sendo que, após a verificação dos pressupostos de admissibilidade previstos nos artigos 46 e 47 da CADH⁵⁴, a Comissão Interamericana solicita informações ao Estado denunciado, abrindo espaço ao contraditório.

Independentemente da prestação de informações pelo governo, a Comissão, se constatar a existência/subsistência dos motivos que levaram ao protocolo da petição, deve analisar detidamente a questão, possuindo, inclusive, competência investigativa. Na sequência, procurada uma solução pacífica entre as partes envolvidas e sendo essa inexitosa, ao órgão é incumbida a tarefa de elaborar um relatório contendo recomendações ao Estado.⁵⁵

Da data do envio desse relatório ao Estado, há um íterim de três meses em que o caso pode ser solucionado amigavelmente ou remetido à Corte

⁵² RAMOS, André de Carvalho. Obra citada, p. 221.

⁵³ Esse requisito comporta exceções. Conforme previsão da própria CADH no artigo 46, a regra do prévio esgotamento não se aplica quando “a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.”

⁵⁴ “Artigo 46 - Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos;
b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;
c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e

d) que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

(...)

Artigo 47 - A Comissão declarará inadmissível toda petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 quando:

a) não preencher algum dos requisitos estabelecidos no artigo 46;
b) não expuser fatos que caracterizem violação dos direitos garantidos por esta Convenção;
c) pela exposição do próprio peticionário ou do Estado, for manifestamente infundada a petição ou comunicação ou for evidente sua total improcedência; ou
d) for substancialmente reprodução de petição ou comunicação anterior, já examinada pela Comissão ou por outro organismo internacional.”

⁵⁵ Ver artigo 48 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Interamericana de Direitos Humanos. Se nenhuma dessas opções for adotada e o prazo mencionado transcorrer *in albis*, a Comissão pode emitir sua opinião, fixando novo período para o Estado adotar as providências necessárias. Caso o Estado não cumpra com suas obrigações, o caso é levado automaticamente para o exame da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que é afastável somente por voto da maioria absoluta dos membros da Comissão.⁵⁶

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, é um órgão criado pela Convenção Americana de Direitos Humanos que possui competência consultiva, caracterizada pela interpretação das disposições da CADH e de outros tratados do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, e contenciosa, relacionada à solução de controvérsias apresentadas pelos Estados ou pela Comissão Interamericana no que concerne à interpretação e/ou aplicação da CADH ou de outros tratados componentes do sistema regional.

A partir da competência consultiva, a CIDH, devidamente provocada por algum membro da Organização dos Estados Americanos (desnecessária, portanto, a condição de signatário da CADH), emite as chamadas opiniões consultivas, nas quais se posiciona em relação à solicitação do Estado. Já nesta seara, verifica-se que a CIDH pode realizar o controle de convencionalidade, posto que lhe é oportunizada a manifestação quanto à adequação de dispositivos internos diante do teor das convenções internacionais concernentes ao continente americano.⁵⁷

Quanto à competência contenciosa, verifica-se que o Estado demandado deve ter reconhecido expressamente a jurisdição obrigatória da CIDH por meio de declaração unilateral e específica (artigo 62 da CADH), além do que, de acordo com o artigo 61 do Pacto de San José, “somente os Estados-partes e a Comissão tem direito de submeter um caso à decisão da Corte”. No polo passivo, sempre constará o Estado denunciado, pois a ideia é a responsabilização estatal e não individual, diferentemente do que ocorre no Tribunal Penal Internacional.

A primeira sessão da Corte ocorreu em 1979, um ano depois da entrada em vigor da Convenção Americana, sendo que a primeira ação na jurisdição contenciosa foi proposta pela Comissão Interamericana somente em 1986, com a sentença de mérito sendo proferida exatos dez anos após a sessão inaugural. Esse significativo lapso temporal pode ser explicado pela inércia da Comissão

⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 142-143.

⁵⁷ PIOVESAN, Flávia. Idem, p. 145-146.

Interamericana em propor ações contra os Estados no início da década de 80, pois muitos países, além de não terem reconhecido a jurisdição da CIDH, viviam uma transição para os regimes democráticos e estavam tentando se adaptar às inúmeras dificuldades que se apresentavam no plano político, social e econômico.⁵⁸

Ao contrário do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, no qual o indivíduo pode acionar a Corte Europeia de Direitos Humanos diretamente, no sistema interamericano, como se viu, somente a Comissão Interamericana e os Estados possuem legitimidade ativa para apresentar casos à CIDH. No entanto, convém asseverar que, a despeito da previsão normativa, a legitimidade ativa dos Estados não lhes confere o direito de acionar a CIDH diretamente, vez que o procedimento perante a Comissão, tal como ocorre com os indivíduos e organizações governamentais e não-governamentais, é de caráter obrigatório⁵⁹, o que faz com que a Comissão Interamericana detenha o monopólio de fato na apresentação de demandas perante a CIDH.

Diante de tais características, a doutrina tece algumas críticas ao funcionamento da Corte Interamericana. É razoável afirmar que deixar ao alvedrio dos Estados signatários o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte não é compatível com o objetivo da proteção integral aos direitos humanos.⁶⁰ Os Estados Unidos, por exemplo, apesar de ser Estado-membro da CADH, não reconheceu a jurisdição da Corte e, portanto, nenhum caso em que o país seja denunciado pode ser levado pela Comissão Interamericana para a análise do órgão jurisdicional.

Ainda, o fato de o indivíduo não ter acesso direto à CIDH também constitui um entrave injustificável à efetiva consecução dos objetivos da Convenção Americana. A melhor saída aponta para o procedimento adotado no sistema europeu, que, a partir do Protocolo n. 11, imputou aos indivíduos a legitimidade para acionar a Corte Europeia diretamente, sem a necessidade da intermediação da Comissão Europeia.⁶¹

É importante externar, todavia, que a Comissão Interamericana não exerce uma função descartável dentro do sistema regional. Ao contrário, o órgão foi responsável por uma elogiável atuação durante os regimes ditatoriais, logicamente

⁵⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 236-238.

⁵⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Idem*, p. 238.

⁶⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; ROBLES, Manuel E. Ventura. *Obra citada*, p. 24.

⁶¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; ROBLES, Manuel E. Ventura. *Idem*, p. 92.

dentro das possibilidades da época, e elaborou uma interessante estratégia de litigância na transição dos regimes, esperando o momento adequado para interpor demandas com o objetivo de responsabilizar os agentes responsáveis pelas graves violações de direitos humanos.

Ainda hoje, é possível afirmar que a Comissão desempenha um papel estratégico de filtragem das petições individuais para evitar a sobrecarga da Corte Interamericana, especialmente quando requer informações do Estado denunciado, oportuniza o contraditório e cria condições para que o litígio não tenha que terminar com uma sentença da CIDH. Essa decisão do tribunal internacional, além de ser custosa financeiramente, também demora mais tempo, atrasando a efetivação dos direitos das vítimas.

O atual quadro do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, muito em razão do Protocolo n. 11, reflete uma crise de efetividade em razão do congestionamento proporcionado pela abertura da jurisdição. André de Carvalho Ramos afirma que “no final do ano de 2010, os problemas do sistema europeu eram outros: havia quase 140 mil casos pendentes, e, somente em 2010, mais 61 mil petições de vítimas foram protocoladas na Corte”⁶². Em outras palavras, ao procurar maior celeridade e transparência no procedimento, o sistema europeu acabou criando outros problemas, que até hoje demandam soluções.

Apesar dessas ressalvas, Antônio Augusto Cançado Trindade é um ferrenho defensor da personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo, tratando como uma verdadeira revolução jurídica o reconhecimento do indivíduo como sujeito do direito internacional. Para o autor, é injustificável que o direito internacional continue a tratar como sujeitos somente os Estados, negando ao indivíduo o direito de petição e o acesso direto aos tribunais internacionais.⁶³

Para o autor, “é da própria essência da proteção internacional dos direitos humanos a contraposição entre os indivíduos demandantes e os Estados demandados em casos de supostas violações dos direitos protegidos”⁶⁴. O direito de petição individual consubstancia a possibilidade dos Estados responderem por eventuais descumprimentos de obrigações internacionais anteriormente contraídas,

⁶² RAMOS, André de Carvalho. Obra citada, p. 167.

⁶³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional. In: **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. Ano 3, vol. 3, nº 3, 2002, p. 24. Disponível em: <http://www.ibdh.org.br/ibdh/revistas/revista_do_IBDH_numero_03.pdf>. Acesso em: 28/07/2014.

⁶⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Idem, p. 28.

gozando de autonomia.⁶⁵ Desse modo, o óbice ao acesso direto da vítima a uma corte internacional, que foi superado no sistema europeu mediante a adoção do Protocolo n. 11, também deve ser superado no sistema interamericano, com o afastamento da necessidade de intermediação da Comissão Interamericana para o ajuizamento de demandas perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁶⁶

Claro que essa mudança deve vir acompanhada de um aparato técnico-estrutural previamente planejado, pois “o risco do congestionamento e caos na tramitação é imenso. Os investimentos na nova Corte IDH deverão aumentar, permitindo que sua estrutura suporte o aumento de casos.”⁶⁷

Soluções imediatas devem ser pensadas e, então, aplicadas, visto que a dependência da atuação da Comissão Interamericana para que qualquer caso seja levado à análise da CIDH gerou uma crise no sistema, muito bem exposta por André de Carvalho Ramos:

Segundo dados da própria Comissão IDH, existem cerca de 8.500 casos pendentes perante o órgão, sendo 7.000 petições na fase de estudo inicial, 1.000 em etapa de admissibilidade e 500 em etapa de análise de mérito. Nos últimos anos, recebeu aproximadamente 400 solicitações de medidas cautelares. Obviamente, a Comissão – financiada de modo insuficiente pela OEA e com poucos recursos – não consegue nem sequer analisar parte desse movimento, gerando frustração e sentimento de “filtro excessivo” a favor dos Estados.⁶⁸

A Corte Interamericana, atenta a essas contradições e insuficiências no sistema proposto pela CADH, deu um primeiro passo em direção a transformações mais profundas ao mudar regras procedimentais no ano de 2001 e dispor, no artigo 25 do seu regulamento, que “as supostas vítimas ou seus representantes poderão apresentar de forma autônoma o seu escrito de petições, argumentos e provas e continuarão atuando dessa forma durante todo o processo”. Abre-se espaço, ao menos, para que os indivíduos possam acompanhar e, mais importante, participar da ação proposta pela Comissão Interamericana na CIDH.

Além disso, a Comissão não elabora mais a petição inicial a ser encaminhada à Corte, sendo que, desde o início de 2010, é de responsabilidade dos indivíduos a redação da petição inicial, com o intuito de aproximar as vítimas da

⁶⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Idem, p. 29.

⁶⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Idem, p. 35.

⁶⁷ RAMOS, André de Carvalho. Obra citada, p. 263.

⁶⁸ RAMOS, André de Carvalho. Idem, p. 262.

qualidade de sujeitos perante a CIDH.⁶⁹ Logicamente, a despeito da boa índole dessas mudanças, é latente que são necessárias modificações mais incisivas no sistema interamericano para afastar a supramencionada crise que o acomete.

Na sentença, a Corte Interamericana, entendendo que o Estado denunciado realmente violou direitos albergados na CADH, detém a competência para determinar, dentre um amplo rol de medidas idôneas, àquelas mais adequadas para se atingir o mais próximo possível a ideia de reparação integral.

A CIDH possui liberdade para, diante do caso concreto, inferir quais os melhores meios para que o Estado tutele as vítimas do desrespeito aos direitos protegidos pelo Pacto de San José da Costa Rica, não se restringindo à petição encaminhada ao órgão e podendo, inclusive, arbitrar valores pecuniários a serem pagos às vítimas. As decisões do órgão são vinculantes e o imediato cumprimento por parte dos Estados réus constitui obrigação internacional incontornável, vez que as sentenças da Corte Interamericana são definitivas e inapeláveis.⁷⁰

Feita essa breve descrição da estrutura e do funcionamento dos dois órgãos de monitoramento dos direitos humanos previstos na CADH, releva salientar que, à época da entrada em vigor do Pacto de San José da Costa Rica⁷¹, em 1978, a maioria dos países latino-americanos vivia em períodos ditatoriais, o que, de certo modo, é um paradoxo em relação ao conteúdo das disposições do tratado. Não surpreende, portanto, que a aderência dos países à CADH tenha tardado e ocorrido, como regra, a partir da derrocada dos regimes autoritários:

Em 1978, quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor, muitos dos Estados da América Central e do Sul eram governados por Ditaduras, tanto de direita, como de esquerda. Dos 11 Estados partes da Convenção à época, menos da metade tinha governos eleitos democraticamente. (...) Ao longo dos anos, contudo, houve uma mudança gradativa no regime político das Américas, tornando possível para o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos ter uma importância cada vez maior.⁷²

⁶⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Idem*, p. 241.

⁷⁰ Ver artigos 66 a 69 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

⁷¹ A Convenção Americana de Direitos Humanos foi fruto de um encontro intergovernamental ocorrido na cidade de San José, na Costa Rica. Por isso, a CADH também é conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

⁷² BUERGENTHAL, Thomas. In: PASQUALUCCI, Jo M. **The practice and procedure of the Inter-American Court on Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

Esse fato peculiar do sistema interamericano nos leva à intrínseca relação entre a democracia constitucional⁷³ e os direitos humanos. Confirma-se tal assertiva pelo fenômeno ocorrido na América do Sul, posto que, somente na década de 80, com a instalação formal de governos democráticos, é que houve a ratificação de tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos⁷⁴, por exemplo, em que pese tenha sido assinada em 1969, foi adotada pela Argentina em 1984, pelo Uruguai em 1985, pelo Paraguai em 1989 e pelo Brasil em 1992. O reconhecimento da jurisdição obrigatória da CIDH por parte de Paraguai e Brasil tardou ainda mais, tendo ocorrido em 1993 e 1998, respectivamente.

Posteriormente, na Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, que reuniu mais de 180 Estados, ficou consignada “a interdependência entre os valores dos direitos humanos, democracia e desenvolvimento”⁷⁵, explicitando a já verificada indissociabilidade entre eles.

A elaboração da Convenção Americana de Direitos Humanos durante um período marcado por regimes antidemocráticos e violações aos direitos humanos, “pode ser explicado pela tentativa das ditaduras da época (...) de transmitir uma aparência de normalidade e semelhança com outros Estados da sociedade internacional, obtendo, com isso, legitimação e apoio para sua perpetuação.”⁷⁶

Assim, o discurso de defesa dos direitos humanos caracterizou-se como uma retórica útil aos países da América Latina, inexistindo o objetivo real de promover a efetivação da dignidade humana nos moldes previstos pelo instrumento normativo internacional recém-editado.

Com o transcorrer dos anos e a transição formal de regimes autoritários para regimes democráticos, o sistema interamericano de direitos humanos torna-se importante aliado dos cidadãos no processo de consolidação material da

⁷³ A concepção vem de Ronald Dworkin, “para quem a democracia constitucional pressupõe uma teoria de direitos fundamentais que tenham exatamente a função de colocar-se como limites/freios às maiorias eventuais” (DWORKIN, Ronald *apud* STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 86).

⁷⁴ Apesar da Convenção Americana de Direitos Humanos ser o principal pacto a ser estudado no âmbito deste trabalho, o sistema interamericano abarca vários outros tratados, tais como a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994) e a Convenção Interamericana sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas com Deficiência (1999).

⁷⁵ PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 46.

⁷⁶ RAMOS, André de Carvalho. Obra citada, p. 214.

democracia, o qual ainda está em curso na América Latina. Isto é, se antes a edição da CADH foi marcada por um jogo de aparências, após, com o fim das ditaduras no continente, as disposições do Pacto de San José, em conjunto com a atuação dos órgãos da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tem se revelado essenciais para que os direitos humanos voltem a ser prioridade na agenda estatal.⁷⁷

Na verdade, mesmo em pleno contexto ditatorial, a Comissão Interamericana desempenhou um papel político interessante ao denunciar, por meio de relatórios, as graves violações de direitos humanos que estavam ocorrendo na região. Verifica-se que os informes produzidos pelo órgão começaram a ser produzidos antes mesmo da elaboração da Convenção Americana, o que demonstra a relevância da competência investigativa atribuída à Comissão e o bom uso que se fez dessa prerrogativa, contribuindo para o processo de democratização dos países latino-americanos.⁷⁸

A Comissão Interamericana também teve cautela política ao não judicializar os casos envolvendo desrespeito aos direitos humanos na época dos regimes autoritários, preferindo que a jurisdição contenciosa da CIDH fosse provocada somente na segunda metade da década de 80. Consta-se que, até 1986, a Comissão somente acionou a Corte para emitir as chamadas opiniões consultivas.⁷⁹

No entanto, desde que a Corte foi acionada em sua competência contenciosa, e isso ocorreu quando a Comissão encaminhou a Corte, em 1986, petições de três casos relativos a desaparecimentos forçados em Honduras (caso *Velásquez Rodríguez*; caso *Fairen Garbi e Solís Corrales* e caso *Godínez Cruz*), a CIDH tem se destacado ao elaborar sentenças que vão muito além do teor das petições.⁸⁰

O órgão jurisdicional tem sedimentado teses que apontam a necessidade de reforçar a cultura de direitos humanos no continente, condenando os Estados a pagar compensações às vítimas e adotar medidas que levem à máxima restauração dos direitos humanos violados.⁸¹ Nesse aspecto, a Corte determina desde o dever

⁷⁷ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 92-93.

⁷⁸ PIOVESAN, Flávia. *Idem*, p. 94-95.

⁷⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Obra citada*, p. 237-238.

⁸⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 349 e ss.

⁸¹ PIOVESAN, Flávia. *Idem*, p. 347-348.

de investigar as violações alegadas até a obrigação de compatibilizar a legislação doméstica com as normas internacionais e precedentes da CIDH.

Flávia Piovesan, analisando a atuação da CIDH, considera possível a classificação das sentenças de mérito da Corte em cinco diferentes categorias de violação a direitos humanos, sejam elas: (a) “violações que refletem o legado do regime autoritário ditatorial”; (b) “violações que refletem questões da justiça de transição”; (c) “violações que refletem desafios acerca do fortalecimento de instituições e da consolidação do Estado de Direito”; (d) “violações de direitos de grupos vulneráveis” e (e) “violações a direitos sociais”.⁸²

A primeira dessas categorias refere-se aos casos em que se busca o controle dos aparatos estatais, que detêm o monopólio do uso da força, “impondo limites ao poder punitivo”⁸³. Nessa lista, figuram casos de desaparecimentos forçados, detenção arbitrária, tortura, tipificação incompatível de delitos e adoção da pena de morte, dentre outros. O caso “Velásquez Rodríguez v. Honduras”, que será pormenorizado no terceiro capítulo, bem como o caso “Loayza Tamayo v. Peru”, são litígios emblemáticos desse grupo.⁸⁴

As violações que refletem questões da justiça de transição relacionam-se ao impositivo afastamento das leis de anistia e o necessário reconhecimento e efetivação dos direitos à verdade e à justiça. O caso “Barrios Altos v. Peru” é o *leading case* na matéria, não se podendo esquecer os casos “Almonacid Arellano v. Chile”, “Gelman v. Uruguai” e “Gomes Lund v. Brasil”.⁸⁵

A terceira categoria diz respeito ao imprescindível processo de consolidação dos regimes democráticos na América Latina a partir do fortalecimento de instituições como o Poder Judiciário. O caso “Aguirre Roca e outros v. Peru” é o expoente, vez que, nele, “a Corte reconheceu necessário garantir a independência de qualquer juiz em um Estado de Direito”⁸⁶, contribuindo para a prevalência da *rule of law*.⁸⁷

As violações de direitos de grupos vulneráveis ligam-se àquelas deliberações que reconhecem direitos (muitas vezes básicos) de classes de indivíduos marginalizados e/ou esquecidos pela sociedade, tais como os presos, os indígenas e os migrantes. É relevante citar o caso “Comunidade Indígena Xákmok

⁸² PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100 e ss.

⁸³ PIOVESAN, Flávia. Idem, p. 100.

⁸⁴ PIOVESAN, Flávia. Idem, ibidem.

⁸⁵ PIOVESAN, Flávia. Idem, p. 101-102.

Kásek v. Paraguai”, concernente aos direitos dos povos indígenas à sua propriedade ancestral, e a Opinião Consultiva nº 16, referente ao direito do preso estrangeiro de ser notificado quanto à assistência consular.⁸⁸

Por fim, as violações a direitos sociais relacionam-se aos litígios em que se reconhece o direito dos indivíduos a prestações positivas do Estado, notadamente quanto à educação e saúde, mas também em questões relativas ao direito do trabalho e seguridade social.⁸⁹ Nesse conjunto, é interessante apontar o caso “Villagrán Morales v. Guatemala”, que “introduziu a visão de que o direito à vida compreende (...) uma dimensão positiva”⁹⁰, e o caso “Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana”, em que “a Corte enfatizou o dever dos Estados no tocante à aplicação progressiva dos direitos sociais”⁹¹.

Vê-se que essas categorias refletem a baixa densidade democrática dos países latino-americanos, ainda que praticamente todos os países do continente (com exceção de Cuba) tenham governos eleitos democraticamente. As violações a direitos humanos que são analisadas pela Corte decorrem, direta ou indiretamente, de uma transição que ainda não fora efetuada integralmente por nenhum dos países da América Latina, e somente esse fator já revela a importância de um sistema regional de proteção dos direitos humanos que, ao mesmo tempo em que estabelece um piso protetivo mínimo, procura avançar ao estipular compromissos inegociáveis aos Estados:

Considerando o contexto latino-americano (...) pode-se concluir que o sistema interamericano salvou e continua salvando muitas vidas; tem contribuído de forma decisiva para a consolidação do Estado de Direito e das democracias na região; tem combatido a impunidade; e tem assegurado às vítimas o direito à esperança de que a justiça seja feita e os direitos humanos respeitados.⁹²

Em uma região onde os vulneráveis foram historicamente esquecidos e os direitos humanos foram seguidamente postos em segundo plano para favorecer interesses escusos, o espaço que o sistema interamericano buscou e vem

⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. Idem, p. 103.

⁸⁷ PIOVESAN, Flávia. Idem, p. 102-103.

⁸⁸ PIOVESAN, Flávia. Idem, p. 103-104.

⁸⁹ PIOVESAN, Flávia. Idem, p. 105-108.

⁹⁰ PIOVESAN, Flávia. Idem, p. 106.

⁹¹ PIOVESAN, Flávia. Idem, ibidem.

⁹² PIOVESAN, Flávia. Idem, p. 114.

batalhando árdua e cotidianamente para conquistar é o mesmo espaço que se abre às vozes reprimidas das vítimas, há tanto tempo abafadas ou caladas.

Ao decidir os casos levados até ela, a CIDH deve exercer o que se denomina de controle de convencionalidade. Em breve definição, o órgão verifica a compatibilidade das normas de direito interno com as normas da Convenção Americana e de demais tratados de direitos humanos sob a tutela da Corte, bem como com o teor de seus precedentes.

No âmbito deste trabalho, as decisões da Corte Interamericana no que tange às “violações que refletem questões da justiça de transição” serão imprescindíveis para que possamos relacionar a questão do controle de convencionalidade com a promulgação das leis de anistia no continente, atentando especificamente para o caso brasileiro.

Desse modo, faz-se imprescindível analisar a recepção dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, para então discorrer sobre o instituto do controle de convencionalidade. Essa análise se faz imperiosa porque as mudanças relativas ao *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento interno constituem um espelho do grau de importância conferido a esses diplomas supranacionais no transcorrer do tempo, materializando a transformação paradigmática quanto ao direito internacional dos direitos humanos.

Ainda, a defesa de um ou outro *status* hierárquico reverbera, para grande parte da doutrina e da jurisprudência, como um condicionante do controle de convencionalidade, sendo que esse filtro inexistiria se não fosse conferido um qualitativo diferencial aos tratados internacionais de direitos humanos no plano interno. Em outras palavras, o modo como se dá a recepção desses pactos é que possibilitaria a efetiva aplicação das disposições normativas internacionais, e essa constatação, por sua cristalina relevância, já justifica um exame pormenorizado da questão no cenário brasileiro.

3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: RECEPÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL E O DIÁLOGO JURISDICIONAL

3.1 STATUS HIERÁRQUICO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: EXPOSIÇÃO CRÍTICA DAS CORRENTES TEÓRICAS

O tema da recepção dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil ganhou importância na medida em que o país saiu de um regime ditatorial longo e obscuro para adotar, com a Constituição de 1988, a primazia da democracia e dos direitos humanos.⁹³

Pode-se afirmar que, sob determinada perspectiva, defender o adequado *status* hierárquico desses pactos internacionais no sistema jurídico interno dos países signatários significa dar a devida importância ao conteúdo dessas convenções. Em outras palavras, as disposições relativas a direitos humanos tornam-se eficazes, em muitas situações, dependendo do modo como a norma internacional é recepcionada dentro da ordem jurídica dos Estados.⁹⁴

A título de exemplo, e como iremos detalhar a questão mais profundamente adiante, convém apontar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal decidiu a questão da prisão do depositário infiel, de notória importância dentro do ordenamento nacional, a partir da adoção de um novo posicionamento acerca do *status* hierárquico da Convenção Americana de Direitos Humanos. É de se apontar positivamente para o fato de que o debate sobre a relação do direito internacional com o direito interno, que se iniciou como uma mera discussão doutrinária, tenha adquirido tais efeitos, a ponto de tornar inaplicável um dispositivo consagrado do Código Civil.

Antes da edição da nossa atual Carta Magna, no final da década de 80, o Supremo Tribunal Federal entendia que os tratados internacionais de direitos humanos equivaliam às leis ordinárias. Isso decorre na conclusão de que as normas

⁹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 113-114.

⁹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Idem*, p. 114-118.

constitucionais que conflitassem com disposições do pacto internacional prevaleceriam *a priori*, além do que eventuais conflitos entre normas internacionais e normas internas ordinárias seriam resolvidos por meio das regras da temporalidade (*lex posterior derogat priori*) e da especificidade (*lex posterior generalis non derogat priori specialis*)⁹⁵:

De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do RE 80.004, em que ficou assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela Justiça – sem embargo das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional.⁹⁶

Essa compreensão nitidamente inadequada do STF se deu em razão de que os tratados internacionais eram recepcionados no âmbito interno por meio de Decretos Legislativos⁹⁷ e também pela redação do artigo 102, III, b, da Lei Maior⁹⁸, sendo que, em uma interpretação restrita e desatenta aos postulados de ampla proteção aos direitos humanos, deu-se a essas convenções internacionais *status* de mera lei ordinária.

Convém indicar que, contraditoriamente a esse julgado que finalizou em 1977, o STF vinha decidindo pelo primado do direito internacional, o que revela um entendimento tradicionalmente cambiante do órgão supremo do Judiciário no país no que tange ao tema da recepção dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna.⁹⁹

Ainda, antes da paradigmática decisão referente ao Recurso Extraordinário nº 466.343, o STF reiterou o entendimento de pareamento hierárquico do tratado internacional de direitos humanos e da lei federal. Isso se deu no ano de 1995 (posteriormente, portanto, à CF de 1988), ao se deparar diante do conflito entre a

⁹⁵ PIOVESAN, Flávia. Idem, p. 122-123.

⁹⁶ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 106.

⁹⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 302.

⁹⁸ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

(...)

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

⁹⁹ PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 124.

prisão civil por dívida do depositário infiel e o artigo 7º, VII, da CADH, que permite a prisão civil por dívida somente no caso do devedor de alimentos. Em sede de *habeas corpus* (HC 72.131-RJ), o Supremo consignou que:

(...) a circunstância do Brasil haver aderido ao Pacto de São José da Costa Rica – cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas – não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual.¹⁰⁰

Apesar da não modificação do entendimento pelo STF, o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2000, “em acórdão relatado pelo Min. Rui Rosado de Aguiar, firmou posição no sentido de que ‘não cabe a prisão civil do devedor que descumpre contrato garantido por alienação fiduciária.’”¹⁰¹

A posição do STF modificou-se somente no fim do ano de 2008, no julgamento do já citado Recurso Extraordinário nº 466.343. Nele, o Supremo entendeu, por maioria de votos, que os tratados internacionais de direitos humanos possuem *status* de supralegalidade.

O caso se tratava, novamente, de prisão civil por dívida, especificamente do devedor em alienação fiduciária em garantia. Aplicando a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7º, VII), o STF, por unanimidade, declarou a proibição da prisão civil do depositário infiel. No caso em relevo, o tribunal conferiu aplicabilidade à disposição convencional que proíbe a prisão civil por dívida, excepcionado tão-somente o caso de inadimplemento de obrigação alimentícia.¹⁰²

No que se refere ao *status* hierárquico, os Ministros se dividiram, vencendo a tese capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, que defendeu o *status* de supralegalidade¹⁰³ dos tratados internacionais de direitos humanos, tendo quatro votos¹⁰⁴ a tese sustentada pelo Ministro Celso de Mello, que asseverava a hierarquia constitucional desses pactos internacionais¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Voto do Min. Celso de Mello no HC nº 72.131/RJ, DJe 22.11.1995.

¹⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 829.

¹⁰² PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 139.

¹⁰³ Interessante notar que a tese vencedora já havia sido esboçada pelo ex-Ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento do RHC 79.785-RJ, no ano 2000.

¹⁰⁴ Foram eles, além do voto do Ministro Celso de Mello, dos Ministros Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau.

¹⁰⁵ PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 140.

Especificamente, a tese prevalecente aponta que os tratados internacionais de direitos humanos não aprovados segundo o rito previsto no artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, são hierarquicamente inferiores à Constituição, porém são superiores à legislação infraconstitucional.¹⁰⁶

Verifica-se, de pronto, uma mudança animadora no embate que se travou na sessão do órgão: nenhum Ministro defendeu a tese que outrora vigia e que conferia *status* de lei ordinária aos tratados internacionais de direitos humanos. De fato, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal (“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”), o posicionamento do STF alterou-se sobremaneira. O próprio Ministro Gilmar Mendes afirmou, no julgamento do RE 466.343, que a inserção do mencionado parágrafo “acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico”¹⁰⁷.

Ainda que não seja o ideal, o *status* supralegal conferido pelo Supremo Tribunal aos tratados de proteção dos direitos humanos que não foram aprovados segundo o rito do artigo 5º, §3º, da CF, já permite afirmar que, além da própria Constituição Federal, a legislação ordinária deve estar em consonância com o conteúdo dos referidos tratados, tendo-se que, “além da Constituição, o direito supralegal está a condicionar e a controlar a validade da lei”¹⁰⁸. Não mais se perpetua, portanto, a clássica ideia de que a legislação infraconstitucional só deve respeito à Constituição, sendo forçoso o reconhecimento de novos limites materializados na legislação internacional relativa aos direitos humanos.

Logo se verifica que o STF modificou, ainda que com atraso, o seu entendimento acerca dessa relevante e histórica pauta da doutrina, reconhecendo a diferenciação que deve existir no tratamento dos tratados comuns (comerciais, tributários, etc.) e dos tratados destinados à defesa dos direitos humanos.¹⁰⁹ Assim, o *status* de supralegalidade conferido aos tratados internacionais de direitos

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 1186.

¹⁰⁷ Voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 05.06.2009.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Obra citada, p. 1187.

¹⁰⁹ PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 136.

humanos (abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias), e o *status* constitucional conferido aos tratados que forem aprovados segundo o rito do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, representam um avanço na posição da Suprema Corte.

Se analisarmos detidamente, veremos que, no emblemático acórdão referente ao RE 466.343, os Ministros do STF, ao reconhecerem que a prisão civil do depositário infiel não se coaduna com o artigo 7º, VII, Convenção Americana de Direitos Humanos, declarando a ilegalidade dessa modalidade de coerção processual, tornaram a segunda parte do artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal, “letra morta”. Isso porque a legislação infraconstitucional que regulava o dispositivo contido na Carta Magna sofreu uma paralisação de sua eficácia jurídica¹¹⁰, sendo inclusive editada a Súmula Vinculante nº 25, que expõe que “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

Tem-se uma sequência de atos em que, primeiramente, a lei federal, para ser publicada e aplicada no plano interno, passa pelo filtro de constitucionalidade. Quando, após, se vê diante do crivo de convencionalidade e é declarada ilegal, pode-se argumentar, em um raciocínio silogístico, que a modificação da legislação ordinária “implica na negação da própria constitucionalidade”¹¹¹. No caso do recurso julgado pelo STF, a situação é ainda mais complexa, visto que os efeitos da legislação infraconstitucional foram ceifados no filtro de convencionalidade, acarretando indiretamente uma sobreposição da Convenção Americana sobre a Constituição Federal, mas também foi atingida a própria norma constitucional (artigo 5º, LXVII, parte final), que se tornou irrelevante.

Antes da mudança de entendimento pelo STF, Lenio Luiz Streck entendia que os tratados internacionais de direitos humanos “prevalecem, a toda evidência, sobre texto legislativo infraconstitucional interno e até mesmo com relação ao texto constitucional brasileiro”¹¹², citando como exemplo o Pacto de San José da Costa Rica, “que inova a ordem constitucional – muito embora a posição em contrário assumida pelo Supremo Tribunal Federal”¹¹³. Para o autor, antes do RE 466.343,

¹¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Obra citada, p. 1186.

¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Idem, p. 1188.

¹¹² STRECK, Lenio Luiz. Obra citada, p. 830.

¹¹³ STRECK, Lenio Luiz. Idem, ibidem.

poderia se falar na legitimidade da desobediência civil¹¹⁴ caso fosse determinada a prisão civil por dívida em modalidade proibida pela Convenção Americana de Direitos Humanos¹¹⁵.

Néstor Pedro Sagués destaca-se por defender que os tratados internacionais de direitos humanos possuem (ou, ao menos, deveriam possuir) *status* supraconstitucional, isto é, eles figuram hierarquicamente em grau superior às Constituições internas dos Estados signatários.

Isso porque, para o autor, o controle de convencionalidade, instituto que será pormenorizado adiante, possui como premissa a supremacia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos frente às normas internas, incluindo as constitucionais, sempre que sejam mais favoráveis às vítimas.¹¹⁶

Quando o próprio Estado, por meio de seus poderes constituídos, entende que a Constituição é a norma mais alta hierarquicamente, tal como no caso brasileiro, o doutrinador defende uma interpretação mutativa da Constituição e a prevalência do princípio do bem comum internacional, em busca do fortalecimento de um *ius commune* latino-americano:

Pero el problema se agrava en estados que (...) directamente declaran a su constitución como norma suprema, por sobre las reglas provenientes del derecho internacional. En estas hipótesis, la asimilación del control de convencionalidad va a requerir probablemente una interpretación mutativa de la constitución, que en virtud de la prevalencia de ciertos principios (así, del bien común internacional como valor prioritario sobre el bien común nacional), justifique el control que aludimos.¹¹⁷

A tese sustentada pelo jurista encontra alicerce na própria atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, no caso “La última tentación de Cristo”, determinou ao Chile que modificasse a sua Constituição, visto que existia norma que autorizava a censura e isso violaria o Pacto de San José da Costa Rica no que tange à liberdade de expressão.

¹¹⁴ O conceito é atribuído originalmente a Henry David Thoreau, autor norte-americano que publicou ensaio intitulado “Civil Disobedience” em 1849 após não pagar seus impostos por não concordar com a guerra empreendida pelos Estados Unidos contra o México.

¹¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. Obra citada, p. 830.

¹¹⁶ SAGUÉS, Néstor Pedro. Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad: la “constitución convencionalizada”. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). **Estudios Avanzados de derechos humanos, democracia e integração jurídica**: emergência de um novo direito público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 620.

¹¹⁷ SAGUÉS, Néstor Pedro. Idem, p. 621.

Observa-se que, nesse caso, a CIDH desconsiderou que a norma que estabelecia a censura prévia na produção cinematográfica possuía caráter constitucional. O órgão determinou que, como a norma convencional melhor tutela a pessoa humana, seus efeitos sobrepor-se-iam aos da norma constitucional chilena.¹¹⁸

Ernesto Rey Cantor corrobora o entendimento de Sagués, asseverando que “os Estados estão submetidos (...) a um conjunto de normas superiores que provêm de fora, isto é, as normas internacionais que reconhecem os direitos humanos que se incorporam ao direito interno prevalecendo hierarquicamente”¹¹⁹. A essa afirmação do jurista colombiano, pode-se acrescentar, apenas, que essa prevalência hierárquica pode ser relativizada pela aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável à vítima.

Esse posicionamento, contudo, não encontrou guarida no Supremo Tribunal Federal e na doutrina pátria, os quais adotam outras correntes (supralegalidade e constitucionalidade) de definição do *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no país. É nesse embate que é possível, apesar do relativo progresso na mudança de entendimento, criticar a tese majoritária do STF.

Essencialmente, é de se explicitar a desconsideração, tanto antes como depois da Emenda Constitucional nº 45/2004, da redação do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, que, desde 1988, pugna que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil integram o bloco de constitucionalidade, independentemente de terem sido aprovados segundo o art. 5º, §3º, da Carta Magna.

A cláusula de abertura prevê que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, e, tendo em vista a clareza dessa redação, boa parte da doutrina defende que os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente

¹¹⁸ Na sentença, a CIDH foi taxativa: “En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (art. 19, n. 12, de la Constitución Política y Decreto Ley 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los arts. 2 y 1.1 de la Convención.” (CIDH. **Caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos e outros) v. Chile**. Sentença de 05 de fevereiro de 2001. Serie C n.173.).

¹¹⁹ CANTOR, Ernesto Rey. **Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos**. México, D.C.: Porrúa, 2008, p. 43.

constitucionais¹²⁰, e isso bastaria para afastar qualquer dúvida quanto à hierarquia dessas normas no ordenamento interno.

Na verdade, o §3º acrescido ao artigo 5º apenas expõe o procedimento para que os tratados internacionais possam qualificar-se como formalmente constitucionais:

Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do §2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do §3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.¹²¹

Por integrarem o bloco de constitucionalidade, os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte possuiriam aplicabilidade imediata, segundo o que preconiza o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal (“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”). Isso quer dizer que, para que as disposições constantes no tratado internacional sejam devidamente aplicadas, é desnecessária qualquer regulação ordinária. Nesse sentido, não se pode pensar que somente os pactos aprovados por maioria qualificada (rito do artigo 5º, §3º, da CF) é que teriam aplicabilidade imediata, pois esse raciocínio vai de encontro ao objetivo da Constituição, que foi o de elevar as normas relativas aos direitos humanos a um patamar de autonomia perante os poderes constituídos, especialmente o Poder Judiciário.¹²²

Precisas as palavras de Lenio Luiz Streck, quando assevera que “os avanços estabelecidos em tratados devem ser incorporados à materialidade constitucional”¹²³. Assim sendo, em conformidade com o princípio da proibição do retrocesso social e de acordo com o artigo 60, §4º, da Constituição Federal (direitos e garantias individuais enquanto cláusula pétrea), os tratados internacionais de

¹²⁰ Dentre os vários autores que assim se posicionam, pode-se citar Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan e Celso Lafer. Ver: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Obra citada, p. 1185. Poder-se-ia incluir, também, Valerio de Oliveira Mazzuoli nessa lista. Contudo, há uma diferença de posicionamento desse autor, que, apesar de considerar que os tratados internacionais de direitos humanos possuem *status* hierárquico constitucional, entende que os tratados internacionais comuns, que não versam sobre direitos humanos, não teriam *status* de lei ordinária, mas sim de suprallegalidade.

¹²¹ PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 144-145.

¹²² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 76-78.

¹²³ STRECK, Lenio Luiz. Obra citada, p. 824-825.

direitos humanos ratificados pelo Brasil gozam de especial proteção para que seu conteúdo seja efetivamente aplicado, distanciando-se de possíveis distorções.¹²⁴

O processualista Sérgio Cruz Arenhart também assinala que o prevalecimento do *status* de supralegalidade para determinados tratados internacionais de direitos humanos “complica desnecessariamente a interpretação do direito ordinário”¹²⁵, que agora deve respeitar as normas constitucionais e supralegais. Para o autor, “melhor seria concluir que as normas sobre direitos humanos têm, independentemente de sua origem ou do regime de sua aprovação, força constitucional, à luz do que prevê o art. 5º, §2º, da CR”¹²⁶.

A posição do STF, apesar dessas ressalvas, pode ser vista com ânimo, visto que até esse julgamento em 2008 prevalecia o posicionamento desatualizado de que os tratados internacionais de direitos humanos possuíam *status* de lei ordinária. Ao menos, o STF reconheceu uma posição diferenciada aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico, já sendo possível, a partir desse precedente, teorizar a respeito do controle de disposições normativas com *status* de lei ordinária tendo como parâmetro o direito internacional dos direitos humanos:

O julgado proferido em dezembro de 2008 constitui uma decisão paradigmática, tendo a força catalisadora de impactar a jurisprudência nacional, a fim de assegurar aos tratados de direitos humanos um regime privilegiado no sistema jurídico brasileiro, propiciando a incorporação de parâmetros protetivos internacionais no âmbito doméstico e o advento do controle da convencionalidade das leis.¹²⁷

Antes de analisarmos o instituto do controle de convencionalidade, cabe expor o pensamento de André Carvalho Ramos acerca da questão do *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos. Para o jurista, “a discussão sobre o ‘estatuto interno dos tratados internacionais’ é matéria estranha à

¹²⁴ STRECK, Lenio Luiz. Idem, *ibidem*.

¹²⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. O Supremo Tribunal Federal e a Prisão Civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano – Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 292.

¹²⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. Idem, p. 293.

¹²⁷ PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 140.

discussão judicial internacional”¹²⁸, quedando-se restrita à discussão doutrinária e jurisprudencial interna.

A crítica é oportuna, vez que, em que pese a importância de analisarmos o histórico de posicionamentos do Supremo Tribunal Federal quanto à recepção do direito internacional na ordem interna, o sistema internacional compreende as disposições normativas dos Estados como um mero fato. Segundo o autor, os órgãos consultivos e contenciosos internacionais apenas verificam se o Estado cumpriu com suas obrigações previamente assumidas nos tratados ratificados, sendo irrelevante a exposição de argumentos inerentes ao direito interno para contornar o impositivo cumprimento dos pactos internacionais.¹²⁹

Nessa visão, pouco importa que o STF entenda que as normas constitucionais são hierarquicamente superiores às normas e/ou decisões dos órgãos internacionais, vez que o objeto de análise reduz-se ao grau de eficácia da ação estatal para adequar-se ao compromisso internacional. O ônus do Estado seria o de demonstrar satisfatória conduta para com as disposições normativas e/ou deliberações internacionais, inexistindo sério questionamento, ao menos na seara internacional, sobre o *status* hierárquico do direito internacional em cada Estado.¹³⁰

Como solução, o autor propõe a já referida aplicação do princípio da norma mais favorável ao indivíduo, já que o direito internacional dos direitos humanos visa a reforçar ou ampliar a proteção dos direitos e garantias individuais na ordem local. Esse princípio, se bem aplicado, substituiria um entendimento *a priori* acerca de qual norma (de direito interno ou internacional) deve ser utilizada.¹³¹

O princípio supramencionado, na verdade, procura materializar o diálogo que precisa existir entre o direito internacional e o direito interno, ainda que venha a suprimir, em algumas situações, qualquer posicionamento anterior acerca do grau hierárquico das normas constitucionais e convencionais. Isso ocorre em razão de que o processo de internacionalização dos direitos humanos possui como prioridade

¹²⁸ RAMOS, André de Carvalho. O diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (org.). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 818.

¹²⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 371-372.

¹³⁰ RAMOS, André de Carvalho. O diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (org.). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 818.

¹³¹ RAMOS, André de Carvalho. Idem, p. 819-820.

a maior proteção ao ser humano, independentemente de qual norma será aplicada no caso concreto. É cirúrgico afirmar, portanto, apesar de toda a discussão jurisprudencial e doutrinária que envolve a questão da recepção dos tratados internacionais de direitos humanos no país, que “quando a norma infraconstitucional é mais benéfica que o texto constitucional ou que as normas internacionais de proteção, é que ela que deve ser aplicada em detrimento daqueles”¹³².

Antônio Augusto Cançado Trindade corrobora esse posicionamento:

(...) no presente domínio de proteção, não mais há pretensão de primazia do direito internacional ou do direito interno, como ocorrida na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas. No presente contexto, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno.¹³³

Na esteira desse entendimento, que prioriza as peculiaridades do caso concreto frente a qualquer enunciação teórica precoce, Eduardo Ferrer Mac-Gregor atesta que “no se trata simplemente de una imposición de la norma internacional sobre la nacional, sino de un proceso interpretativo de armonización, que implica, incluso, en algunas ocasiones, dejar de aplicar la primera (...)”¹³⁴, tendo em vista, sempre, a maior proteção da vítima.

Pode-se perceber que, com a utilização desse princípio, parte-se de uma visão do direito internacional para o direito interno, invertendo-se a lógica concernente à discussão da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no sistema jurídico interno. Na própria Convenção Americana, mais especificamente no artigo 29, b¹³⁵, a qual consubstancia uma “cláusula de diálogo”¹³⁶, observa-se uma explicitação do princípio da primazia da norma mais favorável à vítima, o que exemplifica o fato de o direito internacional legitimar que

¹³² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Obra citada, p. 161.

¹³³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 434.

¹³⁴ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). Obra citada, p. 643.

¹³⁵ Artigo 29 - Normas de interpretação

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

(...)

b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;

¹³⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Obra citada, p. 161.

eventuais conflitos entre normas internas e normas internacionais sejam solucionados com base no princípio *pro persona*¹³⁷.

No entanto, o próprio André de Carvalho Ramos problematiza essa situação, questionando o que seria, especialmente nos chamados *hard cases*, a norma mais favorável à vítima. De fato, há circunstâncias em que é complexo estabelecer a disposição normativa que melhor tutelaria um direito ou uma liberdade. Nesse quadro, o autor propõe seja aplicado o princípio da ponderação de interesses para que assim se sobressaia, no caso concreto, a norma a ser devidamente aplicada.¹³⁸

Vê-se que esse debate adentra em um campo que não é objeto de análise do presente trabalho. Somente a guisa de ilustração do debate anunciado, Lenio Luiz Streck nega o próprio conceito de *hard cases*, afirmando que não é possível determinar o que seriam esses casos difíceis em contraposição aos *easy cases*.¹³⁹ De pronto, a própria premissa de André de Carvalho Ramos é afastada, sem contar que a própria aplicação da regra da proporcionalidade no Brasil sofre muitas críticas de Streck e da denominada crítica hermenêutica do direito.¹⁴⁰ Com isso, quer-se enfatizar que o princípio da norma mais favorável à pessoa humana não é carente de críticas, e é salutar que assim o seja, pois toda essa discussão está intimamente relacionada com o instituto do controle de convencionalidade.

3.2 O DIÁLOGO JURISDICIONAL: O FILTRO DE CONVENCIONALIDADE COMO CONJECTÁRIO LÓGICO DA EXPANSÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O controle jurisdicional da lei e/ou atos normativos internos a partir da interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos, o que se passou a denominar de controle de convencionalidade, reveste-se, atualmente, como um tema de profunda relevância e de consequências ainda imprevisíveis no atual estado

¹³⁷ RAMOS, André de Carvalho. Obra citada, p. 821.

¹³⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 345-347.

¹³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 309-312.

¹⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 639-654. Para o autor, a regra da proporcionalidade alexyana, do modo como é aplicada pelos juízes nacionais, abre espaço à discricionariedade e ao ativismo judicial, o que vai de encontro com o pós-positivismo e com a concepção de Dworkin de integridade do e no direito.

da arte do direito, adquirindo, de modo gradual, feições emblemáticas no Brasil e no resto do mundo.

É importante firmar, desde esse momento, que o controle de convencionalidade é um instituto próprio, que não deve se confundir com o controle de constitucionalidade realizado exclusivamente nos sistemas jurídicos internos dos países.¹⁴¹ Essa constatação é de grande valia para que, após, se possa discorrer sobre a teoria do duplo controle.

O controle de convencionalidade deve ser visto de modo amplo, isto é, faz-se importante não restringi-lo ao âmbito das cortes internacionais ou sob o ângulo meramente interno, vez que ele tanto ocorre na jurisdição consultiva ou contenciosa dos órgãos internacionais, como é vinculativo aos poderes constituídos dos países signatários de determina convenção internacional de direitos humanos.¹⁴²

No que tange ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, Eduardo Ferrer Mac-Gregor assim aduz:

El control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter “concentrada” por parte de la Corte Interamericana, en sede internacional; y otra de carácter “difusa” por los jueces nacionales, en sede interna. La primera obedece a las facultades inherentes de la Corte Interamericana (...). El “control difuso de convencionalidad” consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la CADH, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la CorteIDH (...).¹⁴³

Como afirmado, existe, para além da atuação da Corte Interamericana no controle de convencionalidade, a incumbência dos Estados de realizar o controle da compatibilidade das leis e atos normativos com (a) as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos e tratados conexos e (b) com os precedentes da Corte Interamericana.

Todos os poderes constituídos (Executivo, Judiciário e Legislativo) devem primar pelo controle de convencionalidade das normas, as quais devem passar, portanto, por um duplo crivo de compatibilidade (constitucionalidade e convencionalidade).¹⁴⁴ ¹⁴⁵ No que concerne à atividade dos juízes nacionais, deve

¹⁴¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Obra citada, p. 79-80.

¹⁴² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Idem, p. 152.

¹⁴³ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). Obra citada, p. 651-653.

¹⁴⁴ MAZZUOLI, Valerio Oliveira. Obra citada, p. 187-190.

haver, em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, um controle difuso, de modo análogo ao que ocorre com o controle difuso de constitucionalidade.¹⁴⁶

Relacionando o controle de convencionalidade com o já referido elo entre o direito internacional e o direito interno, verifica-se que, para as instâncias internacionais, a questão é a de verificar a compatibilidade entre as normas internas e as disposições constantes nos tratados internacionais, bem como com a interpretação dessas disposições conferida por essas instâncias.¹⁴⁷ No caso do controle de convencionalidade realizado no âmbito interno, e esse ponto é de primordial relevância para o caso brasileiro, há relativa resistência de se compreender e adotar este controle de modo integral.¹⁴⁸

Com efeito, se todos os poderes constituídos do país devem respeitar às disposições normativas internacionais de proteção dos direitos humanos, não há sentido em arguir óbices relativos ao direito interno para impedir que as normas internacionais sejam aplicadas no país, mesmo que seja alegado o maior grau hierárquico das normas constitucionais.^{149 150} Também não há justificativa para não se adotar a interpretação do tratado internacional elaborada pelos órgãos responsáveis por cumprir a função de 'guardião' do texto normativo internacional, visto que ratificar o tratado internacional e interpretá-lo segundo diretrizes nacionais revela-se paradoxal e enfraquece significativamente a proteção dos direitos humanos.¹⁵¹

Vê-se que questões de grande relevância reverberam quando se analisa a eficácia dos diplomas internacionais e das decisões e interpretações das instâncias internacionais no âmbito do direito interno dos países signatários. A defesa de um

¹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a constituição federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Obra citada, p. 112-113.

¹⁴⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Obra citada, p. 154-155.

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Obra citada, p. 1196.

¹⁴⁸ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la Internacionalización del Diálogo entre Los Jueces. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). Obra citada, p. 249-50.

¹⁴⁹ RAMOS, André de Carvalho. Obra citada, p. 397.

¹⁵⁰ RAMOS, André de Carvalho. O diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (org.). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 818.

¹⁵¹ RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 367.

controle de convencionalidade que seja ao mesmo tempo incisivo e democraticamente legitimado integra a imprescindível pauta para a mudança do cenário dos direitos humanos na região latino-americana.¹⁵²

No sistema interamericano, a realização de tal controle pode ser vista, no âmbito externo, na atuação da Comissão Interamericana e, mais acentuadamente, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que analisa a compatibilidade de normas infraconstitucionais e constitucionais dos Estados em face das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos e demais pactos sob a tutela da Corte¹⁵³, bem como diante da interpretação que a CIDH realiza, como intérprete última, desses tratados.

A primeira oportunidade que a CIDH utilizou-se da expressão “controle de convencionalidade” foi no ano de 2003, no julgamento do caso “Myrna Mack Chang v. Guatemala”. Na ocasião, a CIDH afirmou o seguinte:

First of all, the Court, exercising its adjudicatory function, applies and interprets the American Convention and, when a case has been brought before its jurisdiction, it has the authority to find that a State Party to the Convention has incurred international responsibility by violating its provisions.¹⁵⁴

Enfatize-se que o controle está condicionado à aderência do Estado a determinado tratado internacional sob a tutela da Corte Interamericana, bem como ao reconhecimento da jurisdição da CIDH em cláusula facultativa (os EUA, por exemplo, não reconhecem a jurisdição da CIDH). Ademais, é importante afirmar que a Corte realiza o controle sobre lei ou ato normativo que incide sobre determinado caso concreto e também pode declarar a (in)convencionalidade em abstrato de determinada disposição normativa interna, similarmente ao que ocorre no controle de constitucionalidade exercido pelo STF.¹⁵⁵

Esse fato consubstanciou uma mudança importante na atuação da CIDH quanto ao controle de convencionalidade. Anteriormente, podendo-se citar o caso

¹⁵² SAGUÉS, Nestor Pedro. Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad: la “constitución convencionalizada”. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). Obra citada, p. 621.

¹⁵³ A CIDH já realizou o controle de convencionalidade com base em instrumento normativo internacional distinto da Convenção Americana, adotando, no caso “Gómez Palomino vs. Peru”, o parâmetro normativo da Convenção Americana sobre Desaparecimento Forçado.

¹⁵⁴ CIDH. **Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala**. Sentença de 25 de novembro de 2003. Serie C n.101.

¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Obra citada, p. 1191-1192.

“Lacayo v. Nicarágua”, de 1995, a Corte Interamericana entendia que, caso a norma interna não tivesse sido aplicada concretamente, o órgão internacional não poderia interferir e declarar que o dispositivo interno estaria em conflito com os tratados internacionais sob sua tutela. Estaria fora das funções da CIDH, por conseguinte, a análise em abstrato de normas internas frente à Convenção Americana de Direitos Humanos, por exemplo.¹⁵⁶

Tal postura foi felizmente superada em 1997, no caso “Suárez Rosero v. Equador”, em que a CIDH sustentou que o parágrafo único do artigo 114 do Código Penal equatoriano viola abstratamente o artigo 2º do Pacto de San José da Costa Rica. A partir desse precedente, a Corte Interamericana passou a entender prescindível que a norma violadora de dispositivos constantes nos tratados internacionais de direitos humanos fosse faticamente aplicada, bastando a sua existência para configurar uma violação e abrir a possibilidade de condenação do Estado a afastar essa norma e reparar eventuais danos causados pelo seu emprego.¹⁵⁷

Na sua competência consultiva, a atuação da CIDH sempre se dá abstratamente, isto é, inexistente um caso concreto sob julgamento e que será objeto de uma sentença (restam ausentes litígio e vítima(s)). Enquadra-se nessa jurisdição consultiva a emissão de pareceres que, embora não tenham força vinculante, expõem a interpretação do órgão regional frente à determinada disposição de tratado internacional sob sua tutela, ou elucidam se uma normativa interna é compatível com as disposições desses tratados internacionais (principalmente a Convenção Americana de Direitos Humanos).¹⁵⁸

Ocorre, assim, o denominado controle de convencionalidade preventivo, que pode se manifestar por meio das opiniões consultivas. Desses pronunciamentos “nasce (...) o fenômeno da ‘coisa julgada interpretada’, que orienta os Estados e que deve ser acatada justamente para que se evite uma responsabilização futura”¹⁵⁹.

É elucidativo o exemplo da Opinião Consultiva nº 05, emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no ano de 1985. Nela, a CIDH entendeu que a

¹⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Idem, p. 1192.

¹⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Idem, ibidem.

¹⁵⁸ RAMOS, André de Carvalho. Obra citada, p. 259-260.

¹⁵⁹ RAMOS, André de Carvalho. O diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (org.). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 825.

exigência de diploma específico para o exercício da profissão de jornalista é incompatível com a liberdade de expressão protegida pelo artigo 13 do Pacto de San José da Costa Rica.¹⁶⁰ No ano de 2009, após longo trâmite que iniciou com uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal e que utilizava a Opinião Consultiva nº 05 como argumento, o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 511.961/SP, decidiu que a exigência de diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista não se coaduna com as liberdades de expressão, de profissão e de informação, acatando a interpretação da Corte Interamericana e a “leitura *pro homine* do exercício da liberdade de expressão, o que é perfeitamente compatível com a CF/88”¹⁶¹.

Já no exercício da sua competência contenciosa, a Corte Interamericana possui a prerrogativa, por exemplo, de determinar a alteração de normas internas, sob pena de responsabilização internacional do Estado réu, ao qual é imputado o dever de compatibilizar o seu sistema normativo com as disposições dos tratados internacionais de direitos humanos, bem como com a interpretação delas exposta nos precedentes da CIDH.¹⁶² Também é possível a condenação do Estado a reparar os danos causados em vista da prática de determinada atividade danosa ou aplicação de uma norma incompatível com o direito internacional dos direitos humanos, o comando para que o Estado solucione ou amenize os efeitos de um problema social, dentre várias outras metas que podem ser impostas ao ente estatal.¹⁶³

Observa-se que a CIDH não reconhece a responsabilidade individual do agente público, materializando, na emissão de uma decisão, “obrigação internacional de resultado, ficando o Estado livre para escolher os meios internos para fazer cumprir o conteúdo da decisão judicial internacional”¹⁶⁴.

¹⁶⁰ RAMOS, André de Carvalho. Idem, p. 824-825.

¹⁶¹ RAMOS, André de Carvalho. Idem, p. 828.

¹⁶² ORTEGA, Roberto Niembro. Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces nacionales e internacionales tratándose de derechos fundamentales. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). Obra citada, p. 115-116.

¹⁶³ Artigo 63 da Convenção Americana de Direitos Humanos: “1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.”

¹⁶⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 364.

Essa liberdade comporta relativizações, como quando o Estado é condenado a reparar financeiramente vítimas de violações de direitos humanos. De acordo com a inteligência do artigo 68.2 da Convenção Americana¹⁶⁵, a execução da sentença deve seguir o regime interno de execução de sentenças em face da Fazenda Pública¹⁶⁶, o que, no Brasil, alude ao sistema de precatórios requisitórios¹⁶⁷.

Em que pese a responsabilidade internacional do Estado que descumprir a deliberação da CIDH estar expressamente prevista nos artigos 1.1, 2º e 65 da Convenção Americana¹⁶⁸ ¹⁶⁹, já se apontou que há focos de resistência em determinados países latino-americanos, obstaculizando que o crivo de convencionalidade se operacionalize de modo adequado. Tais posturas fogem do campo jurídico, adentrando em especificidades das relações diplomáticas e políticas internacionais que em nada acrescentam à necessidade de se fortalecer a cultura de direitos humanos no continente.

Assim, por exemplo, o Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela, na *Sentencia 1939 da Sala Constitucional*, em julgamento datado do fim de 2008, declarou inexecutável a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na qual se ordenou a reincorporação ao cargo de três ex-magistrados da *Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*, além de condenar a Venezuela ao pagamento de indenizações em dinheiro e a elaborar um sistema para regular a atividade dos juízes. Ainda, o Tribunal Supremo solicitou “al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”¹⁷⁰.

Novamente, no fim do ano de 2011, o Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela, declarou inexecutável a decisão da Corte Interamericana de Direitos

¹⁶⁵ “A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.”

¹⁶⁶ RAMOS, André de Carvalho. Obra citada, p. 252.

¹⁶⁷ Caso o montante indenizatório seja inferior ao valor de 60 salários mínimos, o pagamento independe de precatório. Inteligência dos arts. 100, §3º e §4º c/c art. 17, §1º e art. 3º da Lei nº 10.259/01.

¹⁶⁸ Artigo 65: “A Corte submeterá à consideração da Assembléia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças”.

¹⁶⁹ A efetividade das decisões da Corte Interamericana é fruto de intenso debate doutrinário. Ver: RAMOS, André de Carvalho. Obra citada, p. 252-255.

¹⁷⁰ Disponível em: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>> Acesso em: 21/07/2014.

Humanos, na qual se condenou o Estado Venezuelano a assegurar que as sanções de inabilitação não constituíam impedimento para a candidatura de López Mendoza, opositor político de Hugo Chávez, nas eleições presidenciais de 2012. Interessante que, na fundamentação, o Tribunal atacou duramente a CIDH, afirmando que o órgão “persiste em desviar la teleología de la Convención Americana y sus propias competencias, emitiendo ordenes directas a órganos del Poder Público venezolano (...), usurpando funciones cual si fuera una potencia colonial (...)”¹⁷¹.

O Brasil, no caso “Belo Monte”, também reagiu incisivamente à determinação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em sede de medida cautelar, para que o governo suspendesse imediatamente o processo de licenciamento do projeto da Usina Hidroelétrica de Belo Monte e impedisse a realização de qualquer obra material de execução até a observação de determinadas condições.^{172 173} Imediatamente após a publicação da decisão, o Ministério das Relações Exteriores expediu nota afirmando que “o governo brasileiro considera as solicitações da CIDH precipitadas e injustificáveis”¹⁷⁴.

André de Carvalho Ramos aponta que, na conjuntura atual do continente latino-americano, a Corte Interamericana representa, como já se expôs na primeira parte deste trabalho, uma instância contramajoritária¹⁷⁵ que, tendo a nobre missão de salvaguardar direitos humanos, interfere em questões internas dos Estados. Contudo, essa ingerência do órgão internacional traz um descontentamento, em maior ou menor grau, dos países que são responsabilizados ante as disposições da Convenção Americana e de outros tratados sob a tutela da CIDH. O autor afirma que “há clara insatisfação com a intervenção da Comissão e da Corte IDH em temas sensíveis às democracias da região”¹⁷⁶.

¹⁷¹ Disponível em: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>> Acesso em: 21/07/2014.

¹⁷² CmiDH, MC 382/10 - Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil. Disponível em <<http://cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm>>. Acesso em: 02/08/2014.

¹⁷³ Dentre essas condições, figuram a realização de processos de consulta com cada uma das comunidades indígenas afetadas, a garantia de que essas comunidades tivessem acesso a um Estudo de Impacto Social e Ambiental do projeto e a adoção de medidas para proteger a vida e a integridade pessoal dos membros dos povos indígenas potencialmente afetados pelo projeto da usina.

¹⁷⁴ Brasil. Ministério das Relações Exteriores. Solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da OEA. Nota à imprensa nº 142. Brasília, 5 de abril de 2011. Disponível em <www.itamaraty.gov.br>. Acesso em: 02/08/2014.

¹⁷⁵ RAMOS, André de Carvalho. Obra citada, p. 175.

¹⁷⁶ RAMOS, André de Carvalho. Idem, 264.

No continente europeu, o advento do Protocolo nº 15 de modificação da Convenção Europeia de Direitos Humanos colocou à disposição dos Estados signatários a ratificação do que o jurista brasileiro denomina de “espírito de Brighton”¹⁷⁷ (em alusão à Declaração de Brighton elaborada pelo Conselho da Europa em 2012 e que inspirou o texto do protocolo). Objetivando a restrição da atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos, instituiu-se a “margem de apreciação nacional”¹⁷⁸, o que reforça o relativismo e a interpretação autônoma dos Estados diante das disposições normativas e decisões do órgão regional de proteção dos direitos humanos¹⁷⁹.

Analogamente, ainda que os países do sistema interamericano não tenham chegado a defender (ainda) uma alteração formal no texto da Convenção Americana de Direitos Humanos, as vozes críticas estão se somando e logo poderão formar um infeliz coral a corroborar uma indiferença diante da quebra paradigmática que o progresso da internacionalização dos direitos humanos conseguiu alavancar desde o Pós-2ª Guerra e, especificamente na América Latina, desde o fim dos regimes ditatoriais.¹⁸⁰

A atuação das instâncias regionais de proteção dos direitos humanos é nitidamente mal entendida quando se visualizam respostas governamentais hostis que relacionam as deliberações internacionais com a fragilização do regime democrático. A contemporânea concepção de soberania estatal se coaduna com o teor dessas intervenções, posto que “mesmo que um Estado seja condenado perante a Corte IDH, essa condenação se faz a favor dos indivíduos e em prol da defesa de direitos humanos, objetivo que em teoria o Estado comunga”¹⁸¹. O que se quer destacar é que os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos objetivam apenas reforçar e contribuir com a consecução de uma prioridade da agenda estatal, incorrendo, ao menos não nas proporções alardeadas por determinados Estados latino-americanos, um conflito entre a função desempenhada

¹⁷⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Idem*, *ibidem*.

¹⁷⁸ Ao preâmbulo da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o Protocolo nº 15 adicionou o seguinte: “Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention”.

¹⁷⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Obra citada*, p. 194-195.

¹⁸⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Idem*, p. 264.

¹⁸¹ RAMOS, André de Carvalho. *Idem*, p. 246.

por esses organismos internacionais e a necessária esfera de autonomia a ser preservada nos países da região:

La crisis actual de la soberanía externa es debida, creo, a la dificultad de armonización de este concepto con el orden internacional. En varias ocasiones este concepto se utiliza para justificar y defender los más diversos ataques a los derechos internacionales de los derechos humanos. A pesar de cada Estado sea soberano y único, pudiendo decidir lo que hacer en su territorio y jurisdicción, es no debe servir de argumento para no comprometerse con los tratados de derechos humanos e internacionales aceptando la normativa internacional y los principios del *jus cogens*.¹⁸²

Em relação ao Brasil, é um contrassenso, em um país tão desigual, que ganhe espaço institucional um movimento de resistência às deliberações do sistema interamericano em matéria de justiça transicional. Após um regime autoritário que durou mais de duas décadas, com o tema dos direitos humanos colocado expressamente em segundo plano, é um dever do Estado brasileiro cumprir os artigos 3º e 4º (primazia dos direitos humanos) da Constituição Federal¹⁸³ e respeitar decisões tanto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos quanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como visto no primeiro capítulo, o país aderiu formalmente à jurisdição obrigatória e vinculante da Corte Interamericana de Direitos Humanos em

¹⁸² FIGUEIREDO, Marcelo. La internacionalización del orden interno en clave del derecho constitucional internacional. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). Obra citada, p. 152.

¹⁸³ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

1998 (Decreto Legislativo nº 89/98 e Decreto nº 4.463/02) e as decisões emanadas pelo referido órgão, além de serem vinculantes, possuem natureza constitucional¹⁸⁴.

A vinculação dos poderes constituídos da república deve ter como parâmetro, portanto, além da Constituição Federal, a Convenção Americana de Direitos Humanos e tratados conexos, sem esquecer-se dos precedentes da Corte Interamericana, que tem a prerrogativa de uniformizar a interpretação do tratado internacional de direitos humanos na América Latina.

Ilumina-se, pois, como já esboçado anteriormente, o tema do controle jurisdicional interno de convencionalidade. Ainda que todos os poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) tenham a tarefa de proceder à atividade de compatibilização das normas e condutas internas ante ao sistema regional de proteção dos direitos humanos, focar-se-á na competência do Poder Judiciário.

No Brasil, pode-se aduzir que o crivo de convencionalidade pode ser concentrado ou difuso, do mesmo modo que o controle de constitucionalidade. É que, tendo os tratados internacionais de direitos humanos não aprovados segundo o rito do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, *status* supralegal, enquanto os tratados aprovados segundo o mencionado rito possuem *status* de emenda constitucional, cabe ao Supremo Tribunal Federal apenas o controle de disposições internas à luz de tratados que tenham caráter material e formalmente constitucional, nos moldes do artigo 102 da CF, o que se denomina de controle concentrado de convencionalidade.¹⁸⁵ Ainda que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados segundo o rito do artigo 5º, §3º¹⁸⁶, da Carta Magna, sejam equivalentes às emendas constitucionais, não deixam de materializar disposições convencionais, conferindo o qualificativo do controle a ser exercido pelo STF¹⁸⁷.

Pode-se assentar, portanto, o cabimento de todas as ações constitucionais (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Ação Declaração de Constitucionalidade, etc.¹⁸⁸) normalmente utilizadas para assegurar a integridade e cumprimento da Constituição Federal, para

¹⁸⁴ RAMOS, André de Carvalho. Obra citada, p. 374-375.

¹⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Obra citada, p. 1187.

¹⁸⁶ Desde a Emenda Constitucional nº 45/2004, somente um tratado internacional de proteção dos direitos humanos foi aprovado segundo esse rito: a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, aprovada no Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186.

¹⁸⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Obra citada, p. 79-80.

¹⁸⁸ Pode-se citar também a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

examinar a conformidade da legislação ordinária com as normas presentes em tratados de direitos humanos material e formalmente constitucionais^{189 190}:

Dessa forma, a conhecida Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) transformar-se-ia em verdadeira Ação Direta de Inconvencionalidade. Da mesma maneira, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON) assumiria o papel de Ação Declaratória de Convencionalidade (...). Em idêntico sentido, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) poderia ser utilizada para proteger “preceito fundamental” de um tratado de direitos humanos violado por normas infraconstitucionais (...)¹⁹¹

É cabível indagar se o Supremo Tribunal Federal não poderia, em sede de recurso extraordinário, analisar a compatibilidade da norma interna diante de dispositivo constante em tratado internacional de direitos humanos não aprovado segundo o rito especial previsto na CF. A questão é importante, mas o STF, recentemente, julgou em plenário somente o RE nº 466.343, o que obsta afirmar que há um entendimento da cúpula consolidado quanto ao assunto. Até o momento, pode-se constatar, tão-somente, que o STF, no recurso extraordinário supracitado, admitiu implicitamente o controle difuso de convencionalidade a partir de tratado internacional não aprovado pelo Congresso Nacional segundo o rito do artigo 5º, §3º, da CF (Convenção Americana de Direitos Humanos), proibindo a prisão civil por dívida do depositário infiel.^{192 193}

Quanto ao controle difuso de convencionalidade, é pacífico dizer que o parâmetro a ser considerado abarca tanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos não aprovados com quórum qualificado no Congresso Nacional (*status* supralegal) como, por certo, os aprovados de acordo com o rito especial. Isso porque todos os juízes nacionais possuem o dever de zelar pela compatibilidade da legislação ordinária com as normas que, hierarquicamente, estão em grau superior àquela. Portanto, a aplicação das normas ordinárias deve suceder a um crivo

¹⁸⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). Obra citada, p. 772.

¹⁹⁰ Na ADPF nº 182, pretendeu-se declarar a invalidade do art. 20, §2º, da Lei nº 8.742/93, em face de disposição constante na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Adicional, único tratado aprovado, até o momento, segundo o rito estabelecido no artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, e, portanto, apto a ser parâmetro normativo do controle concentrado de convencionalidade.

¹⁹¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.169.

¹⁹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Obra citada, p. 1188.

¹⁹³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Obra citada, p. 163.

composto pelas disposições dos tratados internacionais de direitos humanos, sejam elas, segundo entendimento do STF, possuidoras de *status* supralegal ou constitucional.

O controle interno da convencionalidade das leis e atos normativos, ainda incipiente no país, deve receber maior atenção da comunidade jurídica, tal como ocorre com o controle de constitucionalidade, para que ocorra um diálogo jurisdicional entre o plano interno e o internacional que gere frutos ao fortalecer a cultura de direitos humanos e o ideal “humanocêntrico”¹⁹⁴. Sergio García Ramírez assevera que “en el (...) sistema interamericano se cuenta con ejemplos – cada vez más numerosos y aleccionadores – sobre la racionalidad y los beneficios del diálogo jurisprudencial”¹⁹⁵.

O ponto fulcral da questão é o de constatar que, se o juiz se deparar com uma lei que esteja em conformidade com a Constituição, mas se apresenta em uma situação de incompatibilidade em relação a normas internacionais de direitos humanos em vigor no país, faz-se impositivo o controle de convencionalidade e a declaração de que a lei examinada é inconvencional, o que paralisaria a sua eficácia segundo posição do STF.¹⁹⁶

Frise-se, também, que no âmbito do controle de convencionalidade, o juiz deve atentar tanto para o atual entendimento do STF no tocante ao *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos, quanto para a devida aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável à vítima. De fato, é imperioso afastar qualquer controle jurisdicional acrítico, que não considere o princípio *pro persona*. A maior proteção dos direitos humanos deve sobrepor-se, conforme já se explicitou, a qualquer entendimento apriorístico sobre a hierarquia de disposições normativas no ordenamento jurídico interno, e isso é deveras importante para se compreender a atividade judicante no que concerne ao crivo de convencionalidade.¹⁹⁷

Nesse aspecto em específico, Ramírez argumenta que é inerente ao controle interno de convencionalidade a já citada margem nacional de apreciação, vez que seria inviável afastá-la “en la hipótesis (...) de que no existan definiciones

¹⁹⁴ A expressão é de Antônio Augusto Cançado Trindade e representaria um *plus* em relação à expressão “humanista”, conferindo centralidade absoluta aos direitos humanos.

¹⁹⁵ RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). Obra citada, p. 562.

¹⁹⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Obra citada, p. 153.

¹⁹⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Idem, p. 162.

del tribunal supranacional o de que haya decisiones nacionales que brinden mejor protección al ser humano”¹⁹⁸. É certamente um posicionamento a se considerar, vez que criticar o que foi veiculado pelo Protocolo nº 15 na Convenção Europeia de Direitos Humanos ao arrepio da cautela necessária para uma esmerada reflexão sobre o tema somente empobrece a análise. A intitulada margem de apreciação nacional não deixa de ter importância se pensarmos especialmente nas hipóteses expostas pelo jurista.

No Brasil, Valerio de Oliveira Mazzuoli aduz que o controle difuso de convencionalidade sobre leis e/ou atos normativos deve ser realizado por todos os juízes nacionais, a partir da provocação das partes ou de ofício, tendo como parâmetro as disposições convencionais constantes em tratados dos quais o país é parte. Prescinde-se, portanto, assim como no controle difuso de constitucionalidade, de autorização internacional ou da realização de qualquer condição interna, vez que há aplicabilidade imediata dos pactos internacionais de direitos humanos (artigo 5º, §1º, da CF).¹⁹⁹

De caráter complementar e coadjuvante, o controle de convencionalidade preconiza o dever “de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para este deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno”²⁰⁰.

O jurista coloca a questão sobre os planos da vigência e da validade. Caso o dispositivo normativo interno não passe pelo crivo de convencionalidade, não há que se falar em validade da norma, ainda que ela seja vigente. A distinção entre os dois planos é bem explicada por Luigi Ferrajoli, para quem a equivalência entre vigência e validade é resultado de uma incompreensão do que seria a regularidade (compatibilidade formal da norma) e a legitimidade (compatibilidade material/substancial). Ainda que um dispositivo interno esteja de acordo com as normas sobre sua formação (vigência), o seu conteúdo pode ser dissonante com o que prevê uma norma substancial (v.g. a Constituição), e por tal razão a validade estaria comprometida:

¹⁹⁸ RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). Obra citada, p. 559.

¹⁹⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Obra citada, p. 150.

²⁰⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Idem, p. 149.

Nesse sentido, a vigência de determinada norma guardaria relação com a forma dos atos normativos, enquanto que a sua validade seria uma questão de coerência ou de compatibilidade das normas produzidas pelo direito doméstico com aquelas de caráter substancial (a Constituição e/ou os tratados internacionais em vigor no país) sobre sua produção.²⁰¹

Mazzuoli entende que o controle difuso de convencionalidade abarcaria, como parâmetro, somente os tratados internacionais de direitos humanos, sejam eles aprovados ou não segundo o rito do artigo 5º, §3º, da CF, visto que todos eles possuem hierarquia constitucional.²⁰² Quanto aos demais tratados, o autor defende a existência de um controle de suprallegalidade, o qual aferiria a coerência das normas internas com dispositivos constantes em tratados internacionais comuns, o que se apresenta como uma versão adaptada do entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.²⁰³

Em vista de seu caráter difuso, é inerente ao controle sob exame a sua incidentalidade, isto é, a arguição de inconvenção deve estar relacionada a um caso concreto e a um objeto definido, “devendo ser previamente esclarecida e decidida como questão prejudicial a questão da convencionalidade e vinculatividade da norma”²⁰⁴, o que terá efeitos, *a priori*, somente naquele litígio específico. Demonstra-se, por conseguinte, uma similaridade entre o recente instituto do controle difuso de convencionalidade e o tradicional controle difuso de constitucionalidade.

3.3 O COMANDO EXPRESSO PARA A ADOÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA E A AUTONOMIA DO CRIVO DE CONVENCIONALIDADE

²⁰¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). Obra citada, p. 747-748.

²⁰² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Idem, p. 773.

²⁰³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 148.

²⁰⁴ ALVES, Waldir. O controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Obra citada, p. 331.

A corroborar toda essa produção doutrinária, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no ano de 2006, mais especificamente no caso “Almonacid Arellano e outros vs. Chile”, inaugurou entendimento em que expôs a obrigatoriedade da análise da compatibilidade material, por parte do Poder Judiciário dos países signatários, entre a legislação doméstica e o Pacto de San José da Costa Rica.²⁰⁵ Nesse emblemático *decisum*, a Corte conferiu amparo e legitimidade ao controle difuso de convencionalidade, o qual, a partir desse momento, passou a constituir, expressamente, um dever do juiz nacional, independentemente de qualquer condição interna ou externa ao Estado.

Reforçando essa posição, a CIDH, em novembro de 2006, no caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Peru”, consignou que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de ‘convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana”²⁰⁶.

Pode-se discorrer acerca de dois papéis inerentes ao controle difuso de convencionalidade após essas decisões da CIDH, sendo um deles o destrutivo, a partir da inaplicabilidade da legislação doméstica que esteja em desacordo com as normas internacionais, e o construtivo, que direciona todas as disposições internas para uma aplicação consoante ao direito internacional dos direitos humanos.²⁰⁷ A soma dessas funções denota o papel de desconstrução assumido pela Corte, no sentido proposto por Jacques Derrida²⁰⁸ e bem explicado por John Caputo quando afirma que “o próprio significado de desconstrução é mostrar que as coisas (...) não tem significados definíveis e escopos determináveis, que são sempre mais do que qualquer escopo poderia impor, que excedem os limites que atualmente ocupam”²⁰⁹.

A CIDH, a bem da verdade, foi mais longe, visto que, no já citado caso “Almonacid Arellano”, entendeu que “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte

²⁰⁵ CIDH. **Caso Almonacid Arellano e outros v. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Serie C n.154.

²⁰⁶ CIDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro e outros) v. Peru**. Sentença de 24 de novembro de 2006. Serie C n.158.

²⁰⁷ SAGUÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidad en Argentina. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Obra citada, p. 351.

²⁰⁸ Jacques Derrida foi um filósofo francês (1930-2004) de grande importância para a filosofia do direito, elaborando o famoso conceito de “desconstrução”.

²⁰⁹ CAPUTO, John. **Desconstrução numa casca de Noz. Conversa com Jacques Derrida**. Nova York: Fordham University Press, 1997, p. 31.

IDH, intérprete última de la Convención”²¹⁰. Essa explicitação é um corolário lógico do processo de internacionalização dos direitos humanos: é nitidamente contraditório que o Estado ratifique tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e, na hora de aplicar suas disposições, as interprete segundo diretrizes próprias. Por tal razão, arrazoada a posição que a CIDH se coloca de última intérprete dos tratados internacionais sob sua tutela, em especial o Pacto de San José da Costa Rica:

A parte, como é óbvio, é sujeita ao dispositivo da decisão, não podendo dela fugir. Sucede que os fundamentos determinantes ou a *ratio decidendi* expressam uma tese jurídica ou o sentido atribuído a uma norma diante de determinada realidade fática. Esta tese ou sentido, por revelarem o entendimento da Corte acerca de como a Convenção deve ser compreendida em face de certa situação, certamente devem ser observados por todos aqueles que estão obrigados perante a Convenção.²¹¹

A adoção dos fundamentos determinantes das decisões do órgão regional, os quais consubstanciam a interpretação derradeira do texto da Convenção Americana de Direitos Humanos e de outros tratados, é de extrema importância, conseqüentemente, para que não ocorra uma interpretação exclusivamente nacional das normativas internacionais, fato que se opõe ao objetivo de reforço e/ou ampliação dos direitos humanos e resulta em um “truque de ilusionista dos Estados no plano internacional”²¹².

É de se enfatizar, então, que a decisão da Corte Interamericana não está adstrita às partes do caso concreto. Pelo contrário, todos os Estados signatários de determinado pacto objeto de exame pela CIDH devem atentar para o modo como o órgão regional interpreta os preceitos normativos internacionais e fundamenta suas decisões^{213 214}. À vista disso, o bloco de convencionalidade, tomado como parâmetro para o respectivo controle, deve incluir os julgados e a interpretação que a CIDH realiza dos tratados internacionais.²¹⁵

²¹⁰ CIDH. **Caso Almonacid Arellano e outros v. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2009. Serie C n.154.

²¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Obra citada, p. 1199.

²¹² RAMOS, André de Carvalho. Obra citada, p. 366-368.

²¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Obra citada, p. 82-83.

²¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. Obra citada, p. 251.

²¹⁵ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). Obra citada, p. 671.

Ciente da obrigatoriedade dos precedentes para definir adequadamente o conceito das normas que compõem o sistema interamericano de direitos humanos, a Suprema Corte argentina, antes mesmo do paradigmático caso “Almonacid Arellano” em 2006, já havia recepcionado a denominada “doctrina del seguimiento”. Como bem anota Néstor Sagués, já em 1995, a Corte Suprema, no caso “Ekmekdjian v. Sofovich”, entendeu “en el sentido que los jueces argentinos debían tener como guía las directrices que fijara en sus fallos la Corte Interamericana de Derechos Humanos”²¹⁶. O autor faz questão de frisar que a ideia não era de um “seguimiento robótico”, mas crítico e possivelmente relativizado.²¹⁷

Ainda que a jurisprudência argentina tenha modificado uma ou outra vez o seu entendimento, frise-se que, antes da CIDH manifestar-se em prol do controle interno de convencionalidade, a discussão estava bem avançada naquele país. Não à toa, à época da publicação da decisão da Corte Interamericana no caso “Almonacid Arellano”, a Corte Suprema Argentina endossava a tese de vinculação aos precedentes do órgão regional.²¹⁸

Na Bolívia, o Tribunal Constitucional também se manifestou anteriormente à decisão da Corte em 2006, no sentido de os juízes estarem atados à interpretação da Corte Interamericana, sendo que, para a cúpula do Judiciário do país, a sua “jurisprudencia es vinculante para la jurisdicción interna”²¹⁹.

Luiz Guilherme Marinoni, procurando racionalizar a operação com os precedentes da Corte Interamericana para “evitar a sua perpetuação equivocada, assim como aplicação a casos substancialmente distintos”²²⁰, propõe que sejam utilizadas técnicas oriundas do *common law*, tal como o *distinguishing*, “que permite a distinção do caso sob julgamento para a não adoção de precedente”²²¹.

A proposta do referido jurista vai ao encontro do que a Corte Suprema Argentina já havia adotado na sua primeira decisão sobre a vinculação da jurisprudência interna aos precedentes da CIDH. No já citado caso “Ekmekdjian v. Sofovich”, de 1995, consignou-se três consequências imprescindíveis para o correto manejo da “doctrina del seguimiento”: impossibilidade de ignorar a jurisprudência da

²¹⁶ SAGUÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidad en Argentina. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Obra citada, p. 348.

²¹⁷ SAGUÉS, Néstor Pedro. Idem, ibidem.

²¹⁸ SAGUÉS, Néstor Pedro. Idem, p. 349.

²¹⁹ Tribunal Constitucional da Bolívia, sentencia 0664/2004-R, de 06.05.2004.

²²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Obra citada, p. 83.

²²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Idem, p. 84.

Corte Interamericana; prioridade em projetá-la no caso examinado; e, por fim, como já esboçado anteriormente, a possibilidade de afastar o precedente da CIDH desde que fossem expostos sólidos argumentos que justificassem tal conduta.²²²

Infelizmente, no Brasil, conforme se examinará adiante, entendimentos reiterados da Corte Interamericana de Direitos Humanos foram solenemente desconsiderados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de questões essenciais para o regime democrático. A crítica de André de Carvalho Ramos é certa quando infere que essa posição injustificável por parte do Judiciário nacional pode ser analogamente relacionada a uma situação absurda (e felizmente hipotética) em que a interpretação da Constituição Federal fosse realizada sem suporte ou mesmo alusão a nenhum julgado do Supremo Tribunal Federal²²³:

É necessário que avancemos na aceitação da interpretação (...) pelo direito internacional, ou (...) que se inicie um diálogo e uma fertilização cruzada entre os tribunais internos e os tribunais internacionais.

(...)

Então, pleiteamos um giro copernicano da discussão sobre a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no STF: que seja agregada também ao debate a discussão sobre a interpretação dos tratados pelos órgãos em relação aos quais o Brasil já reconheceu a jurisdição obrigatória.²²⁴

Em caso de insucesso na empreitada do diálogo entre as Cortes, mediante adoção da interpretação do órgão internacional em temas de direitos humanos, e não sendo viável obrigar o Poder Judiciário nacional a decidir de determinada maneira, “pois isso desnaturaria a independência funcional e o Estado Democrático de Direito”²²⁵, é oportuno o detalhamento de algumas saídas encontradas pela doutrina.

No direito brasileiro, é possível sustentar um diálogo jurisdicional que admita decisões contrárias entre si. Em outras palavras, há espaço teórico para assinalar que, diante, por exemplo, de uma decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, pode se aceitar a recepção de uma

²²² SAGUÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidad en Argentina. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Obra citada, p. 348.

²²³ RAMOS, André de Carvalho. Obra citada, p. 367.

²²⁴ RAMOS, André de Carvalho. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). **Crimes da ditadura militar**: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 179.

²²⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 394.

decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos ou de um juiz ou tribunal nacional em sede de controle de convencionalidade que contradite a decisão do STF.

Trocando em miúdos, defende-se, no âmbito desse trabalho, a autonomia entre os controles de constitucionalidade e de convencionalidade, de modo que ambos sejam vistos como complementares e não opostos. Os dois crivos estão a serviço da efetivação dos direitos humanos e representam, em muitas ocasiões, institutos contramajoritários destinados à tutela dos vulneráveis.

Não há que se falar em diferença de hierarquia, pugnando que a Constituição Federal e as decisões do STF sobrepõem-se, *a priori*, aos tratados internacionais de direitos humanos e decisões advindas da jurisdição internacional. Conforme já assentado, há de se conferir a primazia da norma mais favorável à vítima e obstar discussões que não priorizem a maior proteção dos direitos humanos.

Motivado por tais razões, é impositivo aduzir que a legislação doméstica deve se submeter, além do clássico filtro de constitucionalidade, ao crivo de convencionalidade, o qual tem como parâmetro os dispositivos convencionais ratificados pelo Brasil e as decisões/interpretações dos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos. As próprias normas constitucionais devem se submeter ao controle de convencionalidade, visto que o direito internacional dos direitos humanos não distingue entre categorias de normas quando assevera que o ordenamento interno deve ser compatível com os dispositivos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Essas constatações estão implícitas à construção teórica que foi desenvolvida até o presente momento. Ainda que consideremos a posição majoritária do STF, o *status* de supralegalidade já permite afirmar que a legislação ordinária deve obediência tanto ao direito supralegal como constitucional, assim como o *status* constitucional conferido por boa parte da doutrina aos tratados internacionais de direitos humanos embasa a existência de dois tipos de controle (constitucionalidade e convencionalidade) que devem coexistir.

O Ministro do STF Celso de Mello corrobora a defesa da natureza constitucional dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, ressaltando a ideia de “um duplo controle de ordem jurídica: o controle de

constitucionalidade e, também, o controle de convencionalidade, ambos incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico”²²⁶.

Nessa linha, é interessante conferir publicidade à teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos, de André de Carvalho Ramos. De acordo com ela, há uma atuação em separado do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade, sendo que qualquer norma interna deve ser aprovada, concreta ou abstratamente, pelos dois controles, para que assim seja aplicada. Desse modo, como toda norma interna deve obediência aos dois crivos, quando o ato interno não superar um desses parâmetros, por violar direitos humanos, torna-se inaplicável pelo Estado²²⁷:

Não se desafia o STF, mas sim ficam esclarecidos os campos de atuação: para a Alta Corte nacional há a palavra final sobre o ordenamento nacional; para a Corte Interamericana de Direitos Humanos resta a palavra final sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos, costume internacional e tratados conexos, que incidem também sobre o Brasil.²²⁸

Com algumas diferenças, Valerio de Oliveira Mazzuoli propõe a teoria da dupla compatibilidade vertical material. Segundo o autor, a promulgação da legislação ordinária pressupõe dois filtros materiais: o primeiro engloba a Constituição e os tratados de direitos humanos (esses últimos de hierarquia constitucional), e o segundo é composto pelos tratados internacionais comuns, que possuem *status* de supralegalidade.²²⁹

Retomando a distinção entre vigência e validade, a norma que esteja de acordo com a Constituição Federal pode até ser vigente, mas, se estiver em desacordo com disposições convencionais em matéria de direitos humanos, a norma não será válida²³⁰, “por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno”²³¹.

Esse debate acerca do imprescindível convívio que deve existir mesmo entre decisões antagônicas (após o exercício dos controles de constitucionalidade e convencionalidade) consubstancia o nó górdio da questão da lei de anistia no Brasil. Com efeito, a Lei nº 6.683/79, em que pese declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153, não passou pelo filtro de convencionalidade

²²⁶ STF, HC nº 87.585/TO, Voto do Min. Celso de Mello. Julg.: 03.12.2008, fl. 341.

²²⁷ RAMOS, André de Carvalho. Obra citada, p. 393-396.

²²⁸ RAMOS, André de Carvalho. Idem, p. 396.

exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Gomes Lund e outros v. Brasil”.

O terceiro capítulo procurará contextualizar ambas as decisões, submetendo-as a exame a partir dos pilares da justiça de transição e do entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos nessa matéria. Ao final, objetiva-se chegar a uma conclusão propositiva sobre essa importante temática que se encontra no cerne da discussão entre democracia e direitos humanos na contemporaneidade.

²²⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Obra citada, p. 133.

²³⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Idem, ibidem.

²³¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). Obra citada, p. 746-747.

4 LEIS DE ANISTIA: AS JUSTIÇAS DE TRANSIÇÃO NO CONTINENTE SUL-AMERICANO E O CASO BRASILEIRO

4.1 AS DITADURAS MILITARES E AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS: A CONSTRUÇÃO E ADOÇÃO DOS MECANISMOS DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Como delineado na primeira parte deste trabalho, o continente latino-americano assistiu, entre as décadas de 1950 e 1970, a eclosão de regimes ditatoriais, que aliavam, em sua maioria, a estrutura militar com a centralização e concentração de poderes nas mãos da cúpula governante.²³²

Apesar do presente trabalho não possuir como foco as peculiaridades históricas dessas ditaduras, vez que a ideia é relacioná-las com o processo de internacionalização dos direitos humanos, é salutar discorrer brevemente sobre algumas questões comuns ao passado autoritário dos países latino-americanos. Isso se faz necessário para o estabelecimento de uma conexão entre as ditaduras e as diversas leis de anistia que foram promulgadas, bem como com o aparecimento de uma concepção chave para os fins propostos, qual seja, a justiça de transição.

Com a justificativa de afastar a ameaça comunista, interromperam-se as buscas por regimes democráticos no turbulento período Pós-2ª Guerra, o qual foi pautado pelas oscilações diplomáticas inerentes à Guerra Fria.²³³ Já em 1954, Guatemala e Paraguai foram dominados por militares; em 1966 foi a vez da Argentina (em 1976 ocorreria outro golpe, mais agressivo e violento); em 1964 militares derrubam o presidente brasileiro João Goulart, inaugurando uma ditadura vintenária; em 1968, no Peru, Velasco toma o poder e instala uma ditadura militar no país; por fim, em 1973, o Uruguai e o Chile são vítimas dos militares, com o general Augusto Pinochet assumindo o controle do país andino.

Em comum, está o fato de que, em todas essas ditaduras supramencionadas, o autoritarismo prevaleceu em detrimento das liberdades

²³² PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 535-536.

²³³ ENGSTROM, Par. A Anistia e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (org.). **A Anistia na Era da Responsabilização**: o Brasil em perspectiva internacional e comparada. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011, p. 109.

individuais e dos direitos humanos. Paradoxalmente ao reconhecimento desses direitos na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, os governos que tomaram o controle político-econômico de vários países na América Latina foram marcados por sucessivas violações de direitos humanos, o que dilapidou qualquer tentativa de implantação de regimes democráticos.²³⁴

As terríveis histórias que se tornaram públicas, as espantosas estatísticas de mortos, torturados e desaparecidos e a triste herança representada por grandes cicatrizes incuráveis, impõem que se afirme que a vida humana tornou-se supérflua para os detentores do poder no período. Abriu-se espaço a condutas abomináveis, tais como a dura repressão à resistência da sociedade civil, a qual era tratada como traição e punida com a prisão ou a morte/desaparecimento forçado, a inexistência de deliberações substancialmente democráticas, o fortalecimento do Executivo a ponto de suprimir o Legislativo e o Judiciário, além da censura de imprensa e da liberdade de expressão.²³⁵

Em suma, imperaram o arbítrio e a força e as liberdades democráticas que procuravam se consolidar à época foram tolhidas, levando a um atraso cívico de proporções incomensuráveis. Não há nenhuma estatística econômica ou argumento político que justifique o *modus operandi* das ditaduras latino-americanas, que submeteram os povos a um íterim sombrio de pura desconsideração dos direitos humanos, obstando a emancipação e a busca pelo bem-estar segundo o ideal da boa vida.

Após a derrocada desses regimes, que ocorreram entre o fim da década de 1970 e o início da década de 1980²³⁶, é notório que os países ainda sofrem, em maior ou menor intensidade, com as consequências nefastas desses legados autoritários, ausentando-se da agenda política, até hoje, a implementação de regimes democráticos substancialmente consolidados.²³⁷

Nesse ponto, há de se enfatizar que a transição para a democracia foi, de uma ou outra forma, barganhada pelas cúpulas militares, orientando-se para a garantia de impunidade dos agentes das ditaduras responsáveis pelas catastróficas

²³⁴ ENGSTROM, Par. Idem, p. 108.

²³⁵ ENGSTROM, Par. Idem, ibidem.

²³⁶ As ditaduras latino-americanas tiveram fim em um intervalo relativamente curto: em 1978 no Chile, em 1980 no Peru, em 1983 na Argentina, e em 1985 no Brasil e no Uruguai.

²³⁷ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. **Leis de Anistia e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos**: estudo comparativo Brasil, Argentina e Chile. Curitiba: Juruá, 2013, p. 19.

e massivas violações de direitos humanos perpetradas à época.²³⁸ O advento de leis de anistia, portanto, foi uma marca da transição latino-americana, tendo espaço na Argentina (*Ley de Pacificación Nacional, Leys de Punto Final e Obediencia Debida*), no Brasil (Lei nº 6.683/79), no Chile (Decreto-lei 2.191/78), no Uruguai (*Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado*), dentre outros exemplos.

É essencial apontar que qualquer análise que desconsidere as conjunturas históricas destina-se à superficialidade. Por isso, aduz-se, como necessária ressalva, que a promulgação dessas leis, no contexto temporal em que foram editadas, foi importante, vez que possibilitou o fim dos regimes de exceção e a abertura democrática.²³⁹ Sob um prisma contemporâneo, contudo, as anistias se apresentam como antigas válvulas de escape aguardando condições para revogação/revisão.²⁴⁰

Isso porque essas leis, se antes foram um “mal necessário”, hoje se comportam como óbices legais injustificáveis ao efetivo processamento, julgamento e eventual punição dos agentes que participaram das inúmeras violações de direitos humanos:

A fragilidade democrática desses países deve-se, (...), em grande medida, à ausência de uma transição efetiva do regime autoritário para o democrático, a começar pela promulgação de leis de anistia que visavam impedir o processamento e julgamento dos agentes de Estado responsáveis por graves violações dos direitos humanos durante o regime militar.²⁴¹

Portanto, as anistias representaram, quando foram discutidas e editadas, o limite do possível à época do fim dos regimes militares, vez que estavam inseridas em uma contingência de transição viciada que condicionou a troca da liberdade (controlada, em muitos casos) pelo esquecimento e impunidade.²⁴² Deixou-se ao futuro e à esperança de ares mais democráticos a possibilidade de discussão dos efeitos das anistias, sendo que, com a passagem dos anos, o sentido conferido a elas vem se transformando em direção a um reconhecimento dos direitos das

²³⁸ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. Idem, ibidem.

²³⁹ ENGSTROM, Par. A Anistia e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (org.). Obra citada, p. 114.

²⁴⁰ ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso. **Os direitos da transição e a democracia no Brasil**: estudos sobre justiça de transição e teoria da democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

²⁴¹ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. Obra citada, p. 19-20.

²⁴² ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira: a terceira fase da luta pela anistia. In: PIOVESAN, Flávia; PRADO, Inês Virgínia (coord.). **Direitos Humanos Atual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 114.

vítimas e ao afastamento do perdão jurídico aos agentes da repressão, com a finalidade de responsabilizá-los.²⁴³

Entra em cena, assim, a concepção de justiça de transição, que fornece pilares para que o repúdio às leis de anistia seja feito de forma consistente e atenta à realidade.²⁴⁴

Apesar de alguma divergência pontual, é comum descrever a justiça de transição como o conjunto de determinados mecanismos judiciais e extrajudiciais interdependentes a serem implantados no processo de mudança de um regime marcadamente autoritário para um regime democrático, apontando para *standards* de condutas a serem adotados pelos países de acordo com as circunstâncias de cada transição.²⁴⁵

A inexistência de um conceito abstrato e acabado é inerente à ideia de *transitional justice*, vez que cada contexto espaço-temporal abarca peculiaridades que devem ser enfrentadas de modo igualmente ímpar, denotando a dificuldade de estabelecer uma concepção que abarque toda essa complexidade. Por tal razão, fala-se apenas em um arcabouço teórico mínimo, que deve se amoldar e se adaptar às particularidades internas a partir da análise das necessidades e capacidades nacionais, sem deixar de considerar aspectos sociais, culturais e antropológicos.²⁴⁶

Diante das graves e sistemáticas violações de direitos humanos que se tornaram lugar comum nos governos autoritários e repressivos da América Latina, a imprescindibilidade de uma reação ordenada e efetiva após o fim desses regimes de exceção garante à justiça de transição um lugar de destaque na agenda dos diferentes países do continente.²⁴⁷

A justiça de transição apresenta-se, desse modo, como uma ferramenta valorosa para o fortalecimento das frágeis democracias de sotaque latino, visto que

²⁴³ MEYER, Emilio Peluso Neder. Anistia e poder constituinte: bases para uma compreensão hermenêutica do projeto constitucional instituído pela Constituição de 1988. In: PIOVESAN, Flávia; PRADO, Inês Virgínia (coord.). Obra citada, p. 44.

²⁴⁴ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. Obra citada, p. 21.

²⁴⁵ UN Security Council. **The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies**. Document n. 2004/616. Disponível em: <<http://www.undemocracy.com/S-2004-616.pdf>> Acesso em: 15/08/2014.

²⁴⁶ FACHIN, Melina Girardi. Direito Humano ao Desenvolvimento e Justiça de Transição: olhar para o passado, compreender o presente e projetar o futuro. In: PIOVESAN, Flávia; PRADO, Inês Virgínia (coord.). Obra citada, p. 147.

²⁴⁷ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. O impacto do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e dos ditames da justiça transicional na interpretação e aplicação da Lei de Anistia Brasileira: a fragilização do Estado Democrático de Direito frente à denegação do direito à justiça. In: PIOVESAN, Flávia; PRADO, Inês Virgínia (coord.). Obra citada, p. 350-352.

todos os países da região que tiveram a experiência dos regimes autoritários ainda sofrem, frise-se, com legados escusos desses períodos ditatoriais. É possível falarmos que o que existe na América Latina são democracias incipientes, sujeitas a diversas formas de rachaduras e abalos²⁴⁸, como sugerem as inúmeras manifestações pacíficas de junho de 2013 que foram reprimidas violentamente pelas forças policiais brasileiras, rememorando acontecimentos inerentes ao período da ditadura militar instaurado em 1964 no país.

Ainda que seja incontestável o fato de que a justiça de transição não seja um processo acabado em nenhum Estado na região, o que demonstra a importância do debate para reparar feridas do passado, indicar erros do presente e lutar por um futuro mais democrático e atento à efetiva implementação de uma cultura voltada aos direitos humanos²⁴⁹, é relevante anotar, desde já, que a transição para a democracia nos diversos países latino-americanos ocorreu de diferentes maneiras, com maior ou menor grau de dificuldade para se efetivar os mecanismos propostos pela justiça de transição²⁵⁰.

Dentre esses mecanismos formadores do já citado “arcabouço mínimo” do processo transicional, pode-se assinalar que eles são pautados, de acordo com formulação de Kathryn Sikkink e Carrie Both Walling, pelo direito à verdade, o direito à reparação, o direito à justiça e as reformas institucionais²⁵¹:

(...) de modo sistemático, a Comunidade Internacional e a doutrina mencionam quatro obrigações do Estado: a) adotar medidas razoáveis para prevenir violações de direitos humanos; b) oferecer mecanismos e instrumentos que permitam a elucidação de situações de violência; c) dispor de um aparato legal que possibilite a responsabilização dos agentes que tenham praticado as violações; e d) garantir a reparação das vítimas, por meio de ações que visem a reparação material e simbólica.²⁵²

²⁴⁸ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. **Leis de Anistia e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos**: estudo comparativo Brasil, Argentina e Chile. Curitiba: Juruá, 2013, p. 19.

²⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 536-537.

²⁵⁰ ROHT-ARRIAZA, Naomi. Impunidade na América Latina: tribunais nacionais e desafios ainda existentes. In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (org.). Obra citada, p. 154-164.

²⁵¹ SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. Errors about trials: the emergence and impact of the justice cascade. In: Princeton International Relations Faculty Colloquium, 1., 2006, Princeton. **Paper...** Princeton: Princeton International Relations Faculty Colloquium, 2006.

²⁵² SOARES, Inês Virgínia Prado. Verbete Justiça de Transição. In: **Dicionário de Direitos Humanos**. Escola Superior do Ministério Público da União, 2012. Disponível em: <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tikindex.php?page=Justi%C3%A7a+de+transi%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 16/08/2014.

Para enfrentar o passado institucional violento, marcado por abusos em larga escala e desrespeito à vida humana em todos os âmbitos, faz-se necessário, portanto, a criação de condições propícias ao desvelamento da verdade (v.g. a criação de Comissões da Verdade), à reparação material e moral das vítimas (seja ela financeira ou por meio de atos governamentais simbólicos, tal como um pedido formal de perdão às vítimas e/ou familiares), à persecução penal dos agentes responsáveis (responsabilização individual por meio do devido processo legal) e a efetivação de reformas institucionais que visem a impedir novas violações de direitos humanos (v.g. a adoção do instituto do *vetting*) e/ou o irrompimento de outros regimes antidemocráticos.²⁵³

O ICTJ (International Center for Transitional Justice), organização internacional sem fins lucrativos especializada no campo da justiça de transição, corrobora esse entendimento ao conceituar a justiça de transição como uma construção que busca a *accountability* e o reconhecimento dos direitos das vítimas. Os *core elements* da justiça de transição, quais sejam, *criminal prosecutions*, *reparations*, *institutional reform* e *truth commissions*, não formam uma lista hermética, permitindo-se a introdução de outras medidas (como a *memorialization*, baseada em esforços para manter viva a lembrança dos abusos cometidos) que possam dialogar com esse conjunto basilar e contribuir com o objetivo do processo transicional de fortalecer a *democratic rule of law*.²⁵⁴

Quando se fala em democracia, quer-se tratar de uma concepção similar à proposta por Ronald Dworkin, denominada de democracia constitucional, já citada no primeiro capítulo. Um regime deve ser caracterizado como democrático não apenas por causa de suas instituições (garantia das liberdades civis, eleições periódicas, direito a votar e ser votado, liberdade de imprensa, pluralismo político, etc.) ou pela adoção de determinados critérios para a escolha dos agentes políticos. De fato, tais atributos são essenciais para um adequado funcionamento de uma sociedade que se autointitule democrática, vez que conferem ao cidadão o direito de participação e deliberação na vida pública em condições (ao menos em tese) de

²⁵³ SCHALLENMUELLER, Christian Jecov; NEVES, Raphael Cezar da Silva; QUINALHA, Renan Honório. A tensão entre soberania popular e direitos humanos: estudo de caso da justiça de transição uruguaia. In: PIOVESAN, Flávia; PRADO, Inês Virgínia (coord.). Obra citada, p. 468.

²⁵⁴ Disponível em: <<http://ictj.org/about/transitional-justice>> Acesso em: 17/08/2014.

igualdade, mas seria irresponsável reduzir a democracia à ideia de prevalência da vontade da maioria.²⁵⁵

Há necessidade de se compreender o governo do povo a partir de uma consolidada construção teórico-prática de proteção dos direitos humanos, intentando a conciliação entre as deliberações majoritárias (que devem ser sempre precedidas de uma consistente discussão pública) e os imprescindíveis freios (formais e materiais) que devem existir para afastar uma “vontade popular majoritária permanente (...) que se revelaria, na verdade, em uma ditadura permanente”²⁵⁶. Somente respeitando os direitos humanos (principalmente das minorias eventuais) por meio, por exemplo, do acolhimento do princípio da proibição do retrocesso social e das cláusulas pétreas, um regime democrático pode subsistir, posto que “não há direitos humanos sem democracia, tampouco democracia sem direitos humanos”²⁵⁷.

Em que pese não ser um tipo específico de justiça, a relação entre a justiça de transição e a democracia é inafastável, sendo impossível conceber uma transição pós-conflito e repressão estatal sem a finalidade de estabelecer um regime democrático. Apesar das instituições democráticas, por si só, não garantirem que os postulados da justiça de transição se concretizem em prol da construção da paz, “sabe-se que as democracias estão em melhor posição para distribuição de recursos e confrontação de problemas internos de uma forma tal que funcionam melhor para evitar o conflito e a violação dos direitos humanos”²⁵⁸.

Amartya Sen assevera que há uma estreita relação entre a justiça e a democracia, visto que, para o autor, “as exigências da justiça só podem ser avaliadas com a ajuda da argumentação pública”²⁵⁹, a qual, por sua vez, está atrelada à democracia. Pode-se afixar, portanto, que, assim como a aplicação dos mecanismos integrantes da justiça de transição objetiva a implantação de regimes democráticos, o próprio *modus operandi* do processo transicional pressupõe a

²⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 86-87.

²⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Idem*, p. 87.

²⁵⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 46.

²⁵⁸ ZYL, Paul Van. Promovendo a Justiça Transicional em Sociedades Pós-conflito. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Número 1 (jan/jul 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 39.

²⁵⁹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 360.

participação política da comunidade, a discussão pública e o efetivo diálogo entre todos os indivíduos envolvidos.²⁶⁰

Seria inconcebível que a democracia fosse um mero objetivo da justiça de transição sem que o próprio instituto fosse oxigenado por deliberações democráticas. Com efeito, a imposição de um determinado modelo de processo transicional vai de encontro com a necessidade de construção coletiva de mecanismos atenta às singularidades locais, compatibilizando-se com as demandas por reconciliação e desenvolvimento.^{261 262}

Também é de se reforçar que a justiça de transição volta-se tanto ao passado, ao prever os direitos à verdade, à justiça e à reparação, como ao futuro, ao englobar as reformas institucionais como medida necessária para impedir golpes que venham a violar novamente liberdades individuais e direitos fundamentais. A projeção de um futuro democrático é inerente ao instituto, que se apresenta como “um ideal prospectivo, uma base sobre a qual erigir a ampliação dos direitos humanos, e não apenas um monumento aos mortos”²⁶³.

A bem da verdade, essa dimensão prospectiva está presente mesmo nas medidas que, *prima facie*, estão ligadas ao passado. Ao promover o direito à verdade e à memória, por exemplo, há um caráter pedagógico intrínseco, que visa “trabalhar socialmente os valores democráticos, com vistas à incorporação (...) da experiência de rompimento da ordem constitucional legítima de forma positiva na cultura nacional, transformando o sofrimento (...) em um aprendizado”²⁶⁴.

Todas as medidas integrantes da justiça de transição devem ser compreendidas a partir de uma leitura holística, nunca individualmente. Os resquícios que se perpetuam após o passado violento são vários e detêm alto grau de complexidade, envolvendo muitos fatores que podem estar conectados à prática

²⁶⁰ Disponível em: <<http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-English.pdf>> Acesso em: 17/08/2014.

²⁶¹ Disponível em: <<http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-English.pdf>> Acesso em: 17/08/2014.

²⁶² De modo contrário, Lauro Joppert Swensson Junior sustenta que a “justiça de transição apresenta-se como um standard ou “plataforma” de justificação, a partir de que se realizam avaliações críticas sobre o passado, todavia sem ela mesma se submeter a um juízo crítico. De que maneira? Assumindo na sua definição e utilizando em seu discurso conceitos que já estão presumidamente justificados: direitos humanos, democracia, dignidade humana, paz, justiça.” (SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. “Ao julgar a justiça, te enganas”: apontamentos sobre a *justiça* da justiça de transição no Brasil. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Número 4 (jul/dez 2010). Brasília: Ministério da Justiça, 2010, p. 87.)

²⁶³ PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e Repressão: o Autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. trad. Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 28.

dos crimes de lesa humanidade. Assim, é insuficiente que se advogue pela efetivação de um ou outro mecanismo isoladamente, pois isso, ao invés de contribuir, pode implicar em críticas severas ao modelo de justiça de transição adotado em determinado país²⁶⁵:

The many problems that flow from past abuses are often too complex to be solved by any one action. (...) experience suggests that to be effective transitional justice should include several measures that complement one another. For no single measure is as effective on its own as when combined with the others.²⁶⁶

Também por esse motivo que há de se conceber todas as medidas formadoras da justiça de transição como detentoras de três dimensões temporais, pois “o instituto olha ao passado de violações a direitos humanos para, no presente, repartir e atribuir responsabilidades, garantindo-se a memória e preservando-a no futuro a fim de fortalecer as instituições com valores democráticos”²⁶⁷.

4.2 O SISTEMA INTERAMERICANO E A CONCRETIZAÇÃO DAS PAUTAS DA *TRANSITIONAL JUSTICE*: O DIREITO À JUSTIÇA E O RECHAÇO ÀS LEIS DE ANISTIA

O processo de internacionalização dos direitos humanos, o qual se materializou na América Latina após a queda dos regimes de exceção e o fortalecimento do sistema interamericano, construiu, metaforicamente, diques para

²⁶⁴ **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Número 1 (jan/jul 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 12.

²⁶⁵ “Without any truth-telling or reparation efforts, for example, punishing a small number of perpetrators can be viewed as a form of political revenge. Truth-telling, in isolation from efforts to punish abusers and to make institutional reforms, can be viewed as nothing more than words. Reparations that are not linked to prosecutions or truth-telling may be perceived as “blood money”—an attempt to buy the silence or acquiescence of victims. Similarly, reforming institutions without any attempt to satisfy victims’ legitimate expectations of justice, truth and reparation is not only ineffective from the standpoint of accountability, but unlikely to succeed in its own terms.” Disponível em: <<http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-English.pdf>> Acesso em: 17/08/2014.

²⁶⁶ Disponível em: <<http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-English.pdf>> Acesso em: 17/08/2014.

²⁶⁷ FACHIN, Melina Girardi. Direito Humano ao Desenvolvimento e Justiça de Transição: olhar para o passado, compreender o presente e projetar o futuro. In: PIOVESAN, Flávia; PRADO, Inês Virgínia (coord.). Obra citada, p. 149.

que o curso de cada processo transicional siga por um caminho que perpassasse alguns *checkpoints* mínimos.

Com efeito, o sistema interamericano de direitos humanos desempenhou papel fundamental na construção do instituto da justiça de transição. Com a instauração de governos democraticamente eleitos a partir da década de 1980, o sistema regional ganhou maior relevância, vez que a transição impôs que as atuações estatais se compatibilizassem com a defesa incondicional dos direitos humanos.²⁶⁸

Conforme já se expôs no primeiro capítulo deste trabalho, os países passaram a ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos e a reconhecer a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana após o fim dos Estados de Exceção. Verifica-se, por conseguinte, que o sistema interamericano assumiu outra feição com a mudança do cenário político. Os modos de enfrentamento do passado violento constituíram a principal pauta da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos a partir da segunda metade da década de 1980, abrindo-se espaço suficiente para que a atuação desses órgãos influenciasse os motes da justiça de transição adotados distintamente por cada um dos países do continente.²⁶⁹

O caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, julgado em 1988 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi paradigmático no que tange aos alicerces jurisprudenciais em matéria de *transitional justice* não só no plano interamericano, mas também na esfera global. O ICTJ (International Center for Transitional Justice) afirma que “parte da base legal para a justiça de transição é a decisão de 1988 da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Velásquez Rodríguez v. Honduras”²⁷⁰.

A petição, primeiramente encaminhada à Comissão Interamericana em 1981, narrava a detenção violenta e o desaparecimento do estudante Manfredo Velásquez. O caso foi submetido à jurisdição da Corte em 1986, que analisou provas documentais e testemunhais até proferir sentença em 29/07/1988, declarando que o Estado de Honduras violou suas obrigações de respeitar e garantir os direitos à

²⁶⁸ ENGSTROM, Par. A Anistia e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (org.). Obra citada, p. 114.

²⁶⁹ ENGSTROM, Par. Idem, ibidem.

²⁷⁰ Disponível em: <<http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-English.pdf>> Acesso em: 18/08/2014. Tradução livre.

liberdade, ao tratamento digno e à vida, além de condenar o país a pagar uma compensação justa aos parentes da vítima.²⁷¹

Na sentença, a CIDH sistematizou o arcabouço mínimo inerente à justiça de transição:

The State has a legal duty to take reasonable steps to prevent human rights violations and to use the means at its disposal to carry out a serious investigation of violations committed within its jurisdiction, to identify those responsible, to impose the appropriate punishment and to ensure the victim adequate compensation.²⁷²

Como se apontou, a doutrina se encarregou de categorizar os mecanismos transicionais em quatro pautas mínimas (direito à verdade, direito à reparação, direito à justiça e reformas institucionais), as quais já se encontravam expostas nesse *leading case* julgado pela Corte Interamericana.

A partir desse precedente, a CIDH foi solidificando cada vez mais o entendimento de que o Estado é responsável por salvaguardar todos os direitos humanos albergados pelo Pacto de San José da Costa Rica. Quando da violação comprovada desses direitos nos períodos ditatoriais, percorrer os caminhos da justiça de transição torna-se um imperativo, vez que todas as medidas explicitadas pelo órgão regional são imprescindíveis para um enfrentamento minimamente adequado dos abusos institucionais ocorridos sob a sombra do autoritarismo.

Observa-se, em decorrência, que, consubstanciando pilares do processo transicional, o direito à verdade e o direito à justiça integram verdadeiras obrigações internacionais dos Estados, vez que o sistema interamericano arquitetou esse conjunto de medidas mínimas a serem efetivadas pelos diversos países do continente e nenhum deles pode sustentar óbices relativos ao direito interno para descumprir comandos da CIDH.²⁷³

De fato, como já se afixou, a Corte Interamericana é o órgão que deve ter a última palavra em relação ao texto da CADH, sendo que sua interpretação vincula os Estados signatários. O direito à verdade e o direito à justiça, portanto, sobrepõem-se, diante desse raciocínio que prima pela aplicação da norma mais favorável à vítima, às diversas leis de anistia promulgadas após as ditaduras. A anistia propicia

²⁷¹ CIDH. **Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras**. Sentença de 29 de julho de 1988. Serie C n.04.

²⁷² CIDH. **Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras**. Sentença de 29 de julho de 1988. Serie C n.04, §174.

²⁷³ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. Obra citada, p. 60-61.

o esquecimento e a impunidade dos agentes responsáveis pelas gravíssimas violações de direitos humanos, impedindo que o direito à verdade e especialmente o direito à justiça sejam reconhecidos e aplicados no plano interno.²⁷⁴

Diante disso, não surpreende que a Corte Interamericana, privilegiando a coerência e o objetivo de proteger irrestritamente os direitos humanos, ao julgar o caso “Barrios Altos vs. Peru”, no ano de 2001, tenha afirmado que as leis de anistia são manifestamente incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos.²⁷⁵

O *leading case* em se tratando de leis de anistia foi levado à Comissão Interamericana em 1995. Após o assassinato de 15 pessoas e grave ferimento de outras quatro em Lima, no ano de 1991, por um grupo paramilitar, foi editada uma lei anistiando os autores dos homicídios. Esses atiradores eram membros do exército peruano e integravam o chamado “Grupo Colina”, que eliminava os ditos indivíduos subversivos. A *Ley n° 26489*, sancionada pelo Congresso peruano em junho de 1995, exonerou a responsabilidade dos militares, policiais e civis que cometeram, entre 1980 e 1995, violações a direitos humanos.²⁷⁶

Ante a negativa da juíza Antonia Saquicuray em aplicar a referida lei de anistia ao caso *Barrios Altos*, o Congresso peruano aprovou a *Ley n° 26492*, que declarava que a anistia não poderia ser revisada pelo Poder Judiciário e que a sua aplicação era obrigatória. A Corte Superior de Justiça de Lima, então, arquivou definitivamente a denúncia contra os suspeitos dos assassinatos em Barrios Altos, tendo, inclusive, ordenado que a juíza Saquicuray fosse investigada por ter interpretado as normas internas incorretamente.²⁷⁷

Em 2000, o caso foi submetido à Corte Interamericana, que proferiu sentença em 14/03/2001, declarando que o Estado peruano violou o direito à vida e à integridade física das vítimas, além dos direitos às garantias e proteção judiciais, diante da promulgação e aplicação das leis de anistia. Ainda, assentou que as leis de anistia n° 26479 e n° 26492 são incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos, e, portanto, carecem de efeitos jurídicos, como também frisou o

²⁷⁴ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. O impacto do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e dos ditames da justiça transicional na interpretação e aplicação da Lei de Anistia Brasileira: a fragilização do Estado Democrático de Direito frente à denegação do direito à justiça. In: PIOVESAN, Flávia; PRADO, Inês Virgínia (coord.). Obra citada, p. 356-357.

²⁷⁵ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. **Leis de Anistia e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos: estudo comparativo Brasil, Argentina e Chile**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 61.

²⁷⁶ CIDH. **Caso Barrios Altos v. Peru**. Sentença de 14 de março de 2001. Serie C n.75.

²⁷⁷ CIDH. **Caso Barrios Altos v. Peru**. Sentença de 14 de março de 2001. Serie C n.75.

dever estatal de investigar os fatos ocorridos e proceder à reparação das vítimas sobreviventes e dos familiares das falecidas.²⁷⁸

Cabe transcrever importante trecho da sentença, que inaugurou uma orientação do órgão regional atualmente sedimentada:

Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.²⁷⁹

Em exame detido, vê-se que está presente na sentença a visão holística da justiça de transição. A CIDH registrou que a anistia impede o direito à justiça, e, por consequência direta, os direitos à verdade e à reparação, comprometendo a integridade e a efetividade do processo transicional.

Antônio Augusto Cançado Trindade, em seu voto, explicitou o que, em uma análise mais apurada, quedou nítido na sentença da CIDH. O que ocorreu no caso *Barrios Altos* foi o exercício do controle de convencionalidade por parte da Corte Interamericana ao declarar a incompatibilidade das leis internas peruanas em face da Convenção Americana de Direitos Humanos. Para o internacionalista brasileiro, “as leis de autoanistia, além de manifestamente incompatíveis com a Convenção Americana, e desprovidas, em consequência, de efeitos jurídicos, não possuem validade jurídica alguma à luz do direito internacional dos direitos humanos”²⁸⁰.

Ademais, a Corte foi além, salientando que, além das disposições de anistia, “são inadmissíveis (...) as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e sanção dos responsáveis pelas violações graves aos direitos humanos”²⁸¹. Essa afirmação vai ao encontro da ideia propagada por André de Carvalho Ramos de que, para o direito internacional, o direito interno constitui um mero fato, sendo defeso que

²⁷⁸ CIDH. **Caso Barrios Altos v. Peru**. Sentença de 14 de março de 2001. Serie C n.75.

²⁷⁹ CIDH. **Caso Barrios Altos v. Peru**. Sentença de 14 de março de 2001. Serie C n.75, §43.

²⁸⁰ CIDH. **Caso Barrios Altos v. Peru**. Sentença de 14 de março de 2001. Serie C n.75. Voto concordante do juiz A. A. Cançado Trindade, §11.

²⁸¹ CIDH. **Caso Barrios Altos v. Peru**. Sentença de 14 de março de 2001. Serie C n.75, §41. Tradução livre.

normas nacionais (sejam elas constitucionais ou ordinárias) venham a impedir a aplicação de normas e/ou decisões internacionais.²⁸²

Após esse paradigmático caso que declarou a inconveniência das leis de anistia peruanas, vários outros foram submetidos à análise da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Seguindo a linha de argumentação adotada no caso *Barrios Altos*, a CIDH continuou a sustentar o dever dos Estados em investigar, processar e eventualmente punir os agentes responsáveis pelas intensas violações de direitos humanos durante os regimes de exceção.²⁸³ Em todos os casos, o órgão judicial entendeu, em síntese, que “a) as leis de anistia violam parâmetros protetivos internacionais; b) constituem um ilícito internacional; e c) não obstam o dever do Estado de [assegurar] às vítimas os direitos à justiça e à verdade”²⁸⁴.

No Chile, a lei de anistia (Decreto-lei 2.191/78) foi promulgada no fim do regime ditatorial, ocorrido entre 1973 e 1978 sob a liderança de Augusto Pinochet. A redação do diploma objetivava garantir a impunidade apenas aos agentes do governo, refletindo o impulso da autoanistia e configurando flagrante abuso de poder.²⁸⁵

A Corte Interamericana, provocada no caso “*Almonacid Arellano vs. Chile*”, proferiu uma sentença ímpar, avançando em relação ao entendimento exposto no caso *Barrios Altos* ao determinar a expressa revogação da lei de anistia chilena²⁸⁶. Com efeito, em que pese a jurisprudência cambiante²⁸⁷ da Corte Suprema do Chile em relação à aplicação do Decreto-lei 2.191/78, a CIDH entendeu que a simples existência de um diploma normativo interno concedendo autoanistia bastava para existir uma violação ao texto da Convenção Americana:

(...) as autoridades chilenas reconheceram, diante do Tribunal [CIDH], que a lei era incompatível com a Convenção, ao mesmo tempo em que argumentaram que o Judiciário doméstico absteve-se de aplicá-la. O

²⁸² RAMOS, André de Carvalho. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). **Crimes da Ditadura Militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 209-210.

²⁸³ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. O impacto do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e dos ditames da justiça transicional na interpretação e aplicação da Lei de Anistia Brasileira: a fragilização do Estado Democrático de Direito frente à denegação do direito à justiça. In: PIOVESAN, Flávia; PRADO, Inês Virgínia (coord.). Obra citada, p. 356.

²⁸⁴ PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 541.

²⁸⁵ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. **Leis de Anistia e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos: estudo comparativo Brasil, Argentina e Chile**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 107.

²⁸⁶ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. Idem, p. 65.

²⁸⁷ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. Idem, p. 114 e ss.

Tribunal, por outro lado, argumentou que isso não era suficiente e que a lei deveria ser revogada.²⁸⁸

Relembre-se que a decisão do caso *Almonacid Arellano* foi a mesma em que a Corte declarou, explicitamente, que os juízes e tribunais internos deveriam realizar um “control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”²⁸⁹.

No Uruguai, assolado por uma ditadura civil-militar que se estendeu de 1973 até 1985, a transição pactuada resultou na edição da ‘Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado’ (Lei 15.848), que entrou em vigor em 1986 e isentava os agentes estatais e equiparáveis da responsabilidade penal pelas violações aos direitos humanos cometidas no regime.²⁹⁰

No Referendo de 1989, o qual objetivava obter uma resposta da população sobre a revogação ou não da Lei de Caducidade, 56,6% dos votos válidos foram no sentido da manutenção da lei. Apesar do resultado desfavorável à revogação, a discussão popular se intensificou e o caso foi levado à apreciação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que considerou os efeitos da Lei de Caducidade incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos.²⁹¹

Em 2009, as eleições no país foram acompanhadas de um plebiscito para a anulação ou não de determinados dispositivos da Lei de Caducidade, baseado no íterim de 20 anos desde o referendo popular que não revogou a lei, mudanças no cenário político e na jurisprudência internacional. Apesar do engajamento de vários setores da sociedade civil, da pressão internacional e do fato de que, uma semana antes do plebiscito, a Suprema Corte uruguaia declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei de Caducidade, 52% dos votantes foram contra a anulação de dispositivos da lei.²⁹²

Ao entender, como já abordado neste trabalho, que a democracia não se resume a deliberações de maiorias eventuais, é possível afirmar que, a despeito do

²⁸⁸ ENGSTROM, Par. A Anistia e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (org.). Obra citada, p. 121.

²⁸⁹ CIDH. **Caso Almonacid Arellano v. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Serie C n.154, §142.

²⁹⁰ SCHALLENMUELLER, Christian Jecov; NEVES, Raphael Cezar da Silva; QUINALHA, Renan Honório. A tensão entre soberania popular e direitos humanos: estudo de caso da justiça de transição uruguaia. In: PIOVESAN, Flávia; PRADO, Inês Virgínia (coord.). Obra citada, p. 469.

²⁹¹ SCHALLENMUELLER, Christian Jecov; NEVES, Raphael Cezar da Silva; QUINALHA, Renan Honório. Idem, p. 471-472.

²⁹² SCHALLENMUELLER, Christian Jecov; NEVES, Raphael Cezar da Silva; QUINALHA, Renan Honório. Idem, p. 474-477.

resultado do referendo e do plebiscito, a invalidade da lei de anistia uruguaia é latente. Veja-se que, nesse caso em específico, há um obstáculo a mais (legitimidade popular) para se declarar o vício material do referido diploma normativo, mas resta cristalino que inexistente uma sobreposição apriorística da vontade da maioria sobre os direitos humanos das vítimas. É, portanto, compatível com o regime democrático constitucional que determinadas decisões majoritárias não sejam aplicadas, notadamente em situações que envolvam violações de direitos humanos.

Exemplifica-se a assertiva supra pela decisão da CIDH no caso “Gelman vs. Uruguai”, primeiramente levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos pelo escritor Juan Gelman e sua neta María Macarena, tendo em vista o desaparecimento da mãe de Macarena em uma ação da famosa Operação Condor. O litígio foi julgado em 2011 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual condenou o Estado uruguaio e decidiu que a Lei de Caducidade é incompatível com o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.²⁹³ Sobre a aprovação da lei pelo Legislativo (já sob o regime democrático), e ulterior validação da lei por um referendo em 1989 e um plebiscito em 2009, a Corte entendeu o seguinte:

(...) a existência de um verdadeiro regime democrático está determinada por suas características tanto formais como substanciais, de modo que, particularmente em casos de graves violações às normas de direito internacional dos direitos humanos, a proteção dos direitos humanos constitui uma barreira intransponível para a regra da maioria, ou seja, a esfera do que é ‘suscetível de ser decidido’ por parte das maiorias em instâncias democráticas, nas quais também deve haver um ‘controle de convencionalidade’, que é função e tarefa de qualquer autoridade pública e não apenas do Poder Judiciário.²⁹⁴

Verifica-se, portanto, que nos casos chileno e uruguaio, a Corte Interamericana, além de reforçar a tese de afastamento integral das leis de autoanistia, entendeu que a proteção dos direitos humanos das vítimas abre espaço para, no primeiro caso (Chile), declarar a revogação de uma lei interna, e, no segundo caso, sobrepor-se a deliberações aparentemente democráticas.²⁹⁵ Isso

²⁹³ SCHALLENMUELLER, Christian Jecov; NEVES, Raphael Cezar da Silva; QUINALHA, Renan Honório. Idem, p. 477.

²⁹⁴ CIDH. **Caso Gelman v. Uruguai**. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Serie C n.221, §239.

²⁹⁵ É passível de crítica a decisão da CIDH no caso *Gelman*, vez que, por mais que seja elogiosa a atuação da Corte e tenha havido uma relativização da soberania interna a partir do processo de internacionalização dos direitos humanos, é imprescindível que haja o devido enfrentamento de eventual conflito entre direitos humanos e expressões da vontade majoritária. Ver: SARLET, Ingo

demonstra que a CIDH se coloca como uma instância contramajoritária detentora da prerrogativa de realizar determinações vinculantes aos Estados sob pena de responsabilização internacional e, nesse processo, faz-se impositivo desconsiderar óbices internos (sejam eles normas ou deliberações populares).

Ao julgar o caso “Goiburú e outros vs. Paraguai”, a CIDH entendeu que o país deveria julgar e sancionar os responsáveis pelas graves violações de direitos humanos denunciadas à Comissão Interamericana, inclusive a partir da tipificação dos crimes de tortura e desaparecimento forçado.²⁹⁶

Apesar do Paraguai nunca ter aprovado leis de anistia, nem todos os responsáveis pela detenção e desaparecimento de Agustín Goiburú Giménez e outras três pessoas foram responsabilizadas na jurisdição interna. A narrativa dos acontecimentos, ademais, insere-se no contexto da Operação Condor, em que os países do Cone Sul cooperaram a fim de combater as “guerrilhas subversivas” que supostamente ameaçavam as ditaduras militares com a propagação de ideais comunistas. A institucionalização do terrorismo de Estado a nível internacional, para a CIDH, deve ser combatida, hoje, com a obrigação de investigar todos os atos e sistemáticos atentados aos direitos humanos ocorridos à época da operação interestatal.²⁹⁷

Na Argentina, a invalidação das leis de anistia ocorreu no plano interno, a partir da adoção, pela Corte Suprema de Justiça, da interpretação da Corte Interamericana no paradigmático caso *Barrios Altos*. As leis de ponto final (Ley nº 23.492/86) e de obediência devida (Ley nº 23.521/87), que anistiavam os agentes responsáveis pelas massivas violações de direitos humanos perpetradas no período ditatorial de 1976 a 1983, foram anuladas em decisão do caso “Simón, Héctor e outros” no ano de 2005.²⁹⁸

Na oportunidade, a Corte Suprema de Justiça afirmou, elogiosamente, que “la translación de las conclusiones de la Corte Interamericana en ‘Barrios Altos’ al

Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 1193-1196.

²⁹⁶ CIDH. **Caso Goiburú v. Paraguai**. Sentença de 22 de setembro de 2006. Serie C n.153.

²⁹⁷ CIDH. **Caso Goiburú v. Paraguai**. Sentença de 22 de setembro de 2006. Serie C n.153.

²⁹⁸ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. Obra citada, p. 90.

caso argentino resulta imperativa, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales”²⁹⁹.

Do mesmo modo, no caso “Mazzeo, Julio Lilo e outro”, julgado em 2007, a Corte Suprema de Justiça “invalidou decreto adotado pelo presidente Menem em 1989, que concedeu indulto a 30 ex-militares acusados de crime de lesa-humanidade, amparando-se na jurisprudência da Corte Interamericana”³⁰⁰. Observa-se que a mais alta corte do Judiciário argentino utilizou-se da já citada “doctrina del seguimiento”, recepcionando a interpretação da CIDH para exercer o controle de convencionalidade de suas normas internas.

Visualiza-se que, na Argentina, houve um fluido diálogo entre a jurisdição interna e as decisões emanadas pela Corte Interamericana, sendo que os juízes nacionais realizaram o exame de compatibilidade entre as normas internas e as disposições convencionais, bem como com os precedentes da CIDH. Desse modo, o discurso de proteção dos direitos humanos se fortalece e afasta-se da simples retórica, institucionalizando o merecido espaço a ser ocupado pelo direito internacional dos direitos humanos.³⁰¹

Seguindo por essa senda, a Corte Constitucional da Colômbia também recepcionou o entendimento da CIDH em matéria de leis de anistia e afirmou que “qualquer (...) modalidade [de anistia] que tenha como propósito impedir às vítimas um recurso judicial efetivo (...) foram consideradas violadoras do dever internacional dos Estados de prover recursos judiciais para a proteção dos direitos humanos”³⁰². No caso “Massacre de Segovia”³⁰³, a Corte Suprema de Justiça da Colômbia reiterou que as disposições normativas internacionais concernentes aos direitos humanos possuem caráter de *jus cogens*, tendo-se que os precedentes dos órgãos supranacionais devem balizar a interpretação dos juízes nacionais.

Diante de toda essa construção jurisprudencial (tanto internacional quanto das jurisdições internas dos países vizinhos), era coerente pensar que a lei de

²⁹⁹ Causa No. 17.768 c. Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc., No 17.768, Argentina: Corte Suprema de Justicia, sentencia de 14 June 2005. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4721f74c2.html>>. Acesso em: 19/08/2014.

³⁰⁰ PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 544.

³⁰¹ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. Obra citada, p. 95-96.

³⁰² Corte Constitucional da Colômbia, Revisão da Lei 742 de 5 de junho de 2002, Expediente nº LAT-223, Sentença C-578/02, de 30 de julho de 2002, seção 4.3.2.1.7 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

³⁰³ Corte Suprema de Justiça da Colômbia, Câmara de Cassação Penal. Caso do Massacre de Segovia. Ata número 156, de 13 de maio de 2010, p. 68 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

anistia brasileira, caso levada à apreciação da Corte Interamericana, seria objeto de invalidação. Foi exatamente o que ocorreu no caso “Gomes Lund e outros vs. Brasil”, julgado pela CIDH em 2010, quando houve a condenação do Estado brasileiro pelo desaparecimento de indivíduos na região do Araguaia³⁰⁴.

4.3 A LEI DE ANISTIA BRASILEIRA ENTRE A CORTE INTERAMERICANA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A NECESSÁRIA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DUPLO CONTROLE

No ano de 1995, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e a Human Rights Watch/Americas, organizações internacionais de proteção dos direitos humanos, peticionaram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos denunciando violações, por parte do Estado brasileiro, a vários direitos garantidos no Pacto de San José da Costa Rica.³⁰⁵ O caso passou a ser conhecido como “Guerrilha do Araguaia”, narrando o ocorrido entre 1972 e 1975, quando um conjunto de ações do regime ditatorial contra um grupo de resistência vigente no sul do Pará resultou no desaparecimento de aproximadamente setenta pessoas integrantes do movimento oposicionista.³⁰⁶ Depreende-se que, no início de 1975, não havia mais guerrilheiros no Araguaia, visto que todos teriam sido detidos arbitrariamente e, posteriormente, eliminados.³⁰⁷

Em face dessa situação, a Comissão Interamericana foi provocada a atuar, tendo determinado recomendações ao Brasil (Relatório de Mérito nº 91/2008). Após duas prorrogações de prazo e um cumprimento insuficiente por parte do Estado brasileiro, a Comissão submeteu o caso à jurisdição da CIDH, asseverando “o valor histórico do caso e a possibilidade de o Tribunal afirmar a incompatibilidade da Lei

³⁰⁴ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. O impacto do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e dos ditames da justiça transicional na interpretação e aplicação da Lei de Anistia Brasileira: a fragilização do Estado Democrático de Direito frente à denegação do direito à justiça. In: PIOVESAN, Flávia; PRADO, Inês Virgínia (coord.). Obra citada, p. 357.

³⁰⁵ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. Idem, p. 365.

³⁰⁶ CIDH. **Caso Gomes Lund e outros v. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C n.219, §2º.

³⁰⁷ CIDH. **Caso Gomes Lund e outros v. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C n.219, §90.

de Anistia e das leis sobre sigilo de documentos com a Convenção Americana”³⁰⁸. Em sede de contestação, o Brasil apresentou três exceções preliminares e requereu a improcedência da demanda, “uma vez que está sendo construída no país uma solução, compatível com suas particularidades, para a consolidação definitiva da reconciliação nacional”³⁰⁹.

No procedimento perante a Corte, determinou-se o recebimento de depoimentos e pareceres de vítimas, testemunhas e peritos, além da convocação de uma audiência pública, que foi realizada em maio de 2010. Várias pessoas e instituições se apresentaram como *amicus curiae* e enviaram arguições escritas, tais como a Ordem dos Advogados do Brasil e a Associação Juízes para a Democracia.³¹⁰

Em longa sentença, a Corte Interamericana, primeiramente, afastou integralmente três exceções preliminares arguidas pelo Brasil (falta de esgotamento dos recursos internos, falta de interesse processual da Comissão e dos representantes das vítimas e/ou familiares e a “regra da quarta instância”) e parcialmente uma delas (incompetência da Corte³¹¹). Após, no mérito, analisou detidamente toda a narrativa fática em arrimo com as provas documentais, testemunhais e periciais produzidas, discorreu detalhadamente sobre os direitos albergados pela Convenção Americana que foram sumariamente desrespeitados pelo Estado brasileiro, e, por fim, expôs as condutas que o Brasil deveria empreender diante dos acontecimentos denunciados aos órgãos regionais de proteção dos direitos humanos.³¹²

³⁰⁸ CIDH. **Caso Gomes Lund e outros v. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C n.219, §1º.

³⁰⁹ CIDH. **Caso Gomes Lund e outros v. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C n.219, §4º.

³¹⁰ CIDH. **Caso Gomes Lund e outros v. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C n.219, §6º - §8º.

³¹¹ Foi parcialmente admitida a exceção preliminar relativa à incompetência *ratione temporis* da Corte, tendo o órgão afirmado que: “O Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana em 10 de dezembro de 1998 e, em sua declaração, indicou que o Tribunal teria competência para os ‘atos posteriores’ a esse reconhecimento. Com base no anteriormente exposto e no princípio de irretroatividade, a Corte não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar uma violação de suas normas quando os fatos alegados ou a conduta do Estado, que pudesse implicar sua responsabilidade internacional, sejam anteriores a esse reconhecimento da competência. Por esse motivo, fica excluída da competência do Tribunal a alegada execução extrajudicial da senhora Maria Lúcia Petit da Silva, cujos restos mortais foram identificados em 1996, ou seja, dois anos antes de o Brasil reconhecer a competência contenciosa da Corte, bem como qualquer outro fato anterior a esse reconhecimento.” (CIDH. **Caso Gomes Lund e outros v. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C n.219, §16).

³¹² CIDH. **Caso Gomes Lund e outros v. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C n.219.

A CIDH reconheceu que os agentes governamentais foram responsáveis pelo desaparecimento forçado de sessenta e dois integrantes do movimento organizado pelo Partido Comunista Brasileiro e localizado na região do Araguaia, tendo-se que, até a data da prolação da sentença, somente os restos mortais de duas dessas vítimas foram encontrados e identificados. A inércia do Estado brasileiro para informar o paradeiro das sessenta vítimas restantes, compactuando com um silêncio injustificável das Forças Armadas, deflagrou a violação, pelo Brasil, dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, previstos nos artigos 3º, 4º, 5º e 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos.³¹³

A Corte Interamericana também entendeu que o Estado brasileiro, ao não oferecer informações aos familiares, bem como para a sociedade, violou o direito à liberdade de pensamento e de expressão previsto no artigo 13 do Pacto de San José da Costa Rica.³¹⁴ A não concretização do direito à verdade no caso, portanto, constituiu violação frontal à Convenção Americana, em perfeita consonância com o entendimento da CIDH em matéria de justiça de transição.

No ponto que melhor toca as peculiaridades deste trabalho, a Corte declarou que “o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção (...), pela falta de investigação (...), bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis”³¹⁵.

Ipsis literis, a Corte Interamericana pronunciou-se, em relação à lei de anistia brasileira, no seguinte sentido:

As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.³¹⁶

³¹³ RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 387-388.

³¹⁴ CIDH. **Caso Gomes Lund e outros v. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C n.219. Pontos Resolutivos, §6º.

³¹⁵ CIDH. **Caso Gomes Lund e outros v. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C n.219. Pontos Resolutivos, §5º.

³¹⁶ CIDH. **Caso Gomes Lund e outros v. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C n.219. Pontos Resolutivos, §3º.

Portanto, a sentença proferida pela CIDH, além de declarar que o Brasil violou vários direitos previstos pela Convenção Americana na situação específica da Guerrilha do Araguaia, ampliou o alcance de sua decisão, como já havia feito em relação aos casos envolvendo leis de anistia de outros países, e determinou que a Lei nº 6.683/79 não poderia mais constituir um óbice à investigação e processamento dos agentes responsáveis pelas graves violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar nacional. Interessante a anotação de que “se a jurisprudência interamericana segue relativamente modesta no plano quantitativo, nos aspectos qualitativos ela se mostra muito rica, original e, sob certos aspectos, audaciosa”³¹⁷.

A reiterada interpretação da CIDH em matéria de leis de anistia, como já exposto expressamente pelo órgão no caso ‘Almonacid Arellano vs. Chile’, deve constituir um parâmetro para que a jurisdição interna dos diferentes países signatários possa, ao seu modo, exercer o controle de convencionalidade. Foi o que ocorreu, conforme já apontado, na Argentina, em que a Suprema Corte, a partir do entendimento da Corte Interamericana no caso Barrios Altos, determinou a invalidade das leis de anistia anteriormente aprovadas no país.³¹⁸

Todavia, o caminho traçado pelo Brasil se deu ao arrepio das obrigações internacionais contraídas. O Supremo Tribunal Federal, ao decidir a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/08, determinou, em julgamento realizado seis meses antes da condenação do Estado brasileiro no caso *Gomes Lund*, por maioria de votos, a manutenção da interpretação de que a lei teria concedido anistia ampla, geral e irrestrita, abarcando, além das vítimas, os agentes da ditadura.³¹⁹

A ADPF proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pretendia conferir nova interpretação ao art. 1º, §1º, da Lei nº 6.683/79, para modificar o alcance protetivo da norma e possibilitar a responsabilização dos agentes da ditadura que cometeram violações aos direitos humanos. Especificamente, o autor da ação de controle concentrado pleiteou que fosse dada

³¹⁷ MARTIN-CHENUT, Kathia. “Introduction”. In: MARTIN-CHENUT, Kathia; LAMBERT ABDELGAWAD, Elisabeth. **Réparer les violations graves et massives des droits de l’homme**: la Cour Interaméricaine, pionnière et modèle? Paris: Société de législation comparée, 2010, p. 26.

³¹⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). Obra citada, p. 69-70.

³¹⁹ PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 545.

“uma interpretação conforme à Constituição, de modo a declarar (...) que a anistia concedida (...) não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985)”³²⁰.

Para maior clareza, cabe a transcrição do dispositivo legal questionado:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

A questão do alcance da lei de anistia é cercada de alegações que ora tratam a demanda por punição dos agentes repressores como revanchismo e ora afirmam que, como “os dois lados” cometeram crimes, a lei de anistia foi justa. Enfatize-se, todavia, que no período ditatorial não ocorreu uma luta pelo poder político, mas o exercício do direito de resistência por parte da sociedade civil em face dos desmandos autoritários do governo militar.³²¹

A ditadura vintenária, por constituir um verdadeiro Estado de Exceção, tornou “lícito lutar contra o *establishment*. (...) Se não havia Estado de Direito, todos os que lutaram contra esse ‘Estado de coisas’ estavam em legítima defesa”³²². O terrorismo empreendido pelo Estado como uma política institucionalizada não pode ser objeto de anistia, pelo simples fato de que é antijurídico o próprio Estado conceder perdão aos agentes articuladores e/ou participantes da repressão. Ainda, a anistia concedida pelo Estado aos seus próprios agentes, configurando a juridicamente abominável figura da autoanistia, a qual é sumariamente afastada pela CIDH, não elide o perdão jurídico concedido a outrem.³²³

³²⁰ Petição inicial da ADPF 153, Pleno, rel. Min. Eros Grau, DJe 06.08.2010.

³²¹ ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira: a terceira fase da luta pela anistia. In: PIOVESAN, Flávia; PRADO, Inês Virgínia (coord.). Obra citada, p. 114-116.

³²² STRECK, Lenio Luiz. A Lei de Anistia, a Constituição e os Direitos Humanos no Brasil: Lenio Streck responde. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Número 2 (jul/dez 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 28.

³²³ VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional. In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (org.). Obra citada, p. 338-339.

Nessa linha, a expressão “crimes conexos”, por certo, não se refere aos crimes comuns praticados pelos militares contra os integrantes dos focos de oposição. Isso porque a anistia “perdoou as vítimas e não os que delinquem em nome do Estado”³²⁴, pois, de outro modo, a anistia abarcaria o crime de tortura, por exemplo, violando *jus cogens* internacional que alça a tortura a um crime de lesa humanidade, impassível de ser objeto de anistia ou prescrição.³²⁵

Ampliar a interpretação da lei de anistia, de modo a aplicá-la para além do que foi previsto, isto é, desconsiderando o sentido dos “crimes políticos e conexos”, implicaria na violação do princípio da proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*). Por conseguinte, a interpretação que confere, ainda que por via indireta, o qualitativo de crime político à tortura, não merece prosperar. Para Lenio Streck, a “Lei da Anistia sequer necessita ser declarada nula, porque, afinal, ela jamais englobou os torturadores. O que é nulo, defeituoso em termos jurídicos, é a sua interpretação e o alargamento de seus efeitos”³²⁶.

As circunstâncias que envolveram a edição da lei de anistia nacional estão inseridas já em um contexto de transição do cenário político, no ano de 1979³²⁷. Do ponto de vista hermenêutico, como se viu, a redação da lei é problemática, vez que dispõe sobre as estranhas figuras dos ‘crimes políticos e conexos’ e oportuniza a defesa (apesar de equivocada sob nosso ponto de vista) do alcance da norma aos crimes comuns praticados pelos agentes do Estado. Porém, enfatiza-se que, se é possível discutir sobre a interpretação da norma, há de se rechaçar o argumento de que a lei de anistia está respaldada por debates democráticos ocorridos à época da promulgação do diploma normativo.³²⁸

José Carlos Moreira da Silva Filho, em sólido artigo³²⁹, afirma que a lei de anistia foi praticamente imposta como uma condição *sine qua non* pelos governos

³²⁴ PIOVESAN, Flávia. Direito Internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia: o caso brasileiro. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Número 2 (jul/dez 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 181.

³²⁵ PIOVESAN, Flávia. Idem, ibidem.

³²⁶ STRECK, Lenio Luiz. A Lei de Anistia, a Constituição e os Direitos Humanos no Brasil: Lenio Streck responde. In: Obra citada, p. 26.

³²⁷ MEZAROBBA, Glenda. A verdade e o processo de acerto de contas do Estado brasileiro com as vítimas da ditadura e a sociedade. In: PIOVESAN, Flávia; PRADO, Inês Virgínia (coord.). Obra citada, p. 186-189.

³²⁸ WEICHERT, Marlon Alberto. A obrigação Constitucional de punir graves violações aos Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; PRADO, Inês Virgínia (coord.). Obra citada, p. 255.

³²⁹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira Da. O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (coord.). **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Fórum, 2010, p. 515-545.

Geisel e Figueiredo, com a finalidade de barganhar a transição do país para um regime democrático. A existência de senadores biônicos, a falta de autonomia do Congresso Nacional à época, o controle da oposição, a inexistência de consultas populares e a inadmissibilidade imediata e arbitrária de qualquer proposta que visasse uma alteração substancial no texto da lei, são graves fatores que devem ser considerados para contra-atacar qualquer tese que procure conferir legitimidade democrática à Lei nº 6.683/79. O autor é taxativo:

(...) pode-se notar claramente que o ambiente no qual se deu a proposição e a votação da lei de Anistia em 1979 estava longe de ser manso e propenso a um “suave compromisso”. A violência continuava em ação, as prisões arbitrárias e clandestinas, a tortura, as cassações políticas e a censura. (...) Não havia possibilidade de qualquer tipo de barganha ou jogo de influências que conseguisse afastar a intenção do governo de se autoanistiar ou de restringir a Anistia aos perseguidos políticos.³³⁰

Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal ignorou todos esses fatos e, reescrevendo a história a partir de uma lente específica³³¹, qual seja, a dos detentores do poder político à época da edição da lei, julgou improcedente a ADPF nº 153. O relator, ministro Eros Grau, embasou seu voto a partir da tese de que não caberia ao STF revisar o acordo político firmado por toda a sociedade. Ignorando a jurisprudência interamericana e o real contexto histórico que circundou a transição política, o ministro afirmou que “romper com a boa-fé dos atores sociais (...), que em conjunto pugnaram (...) por uma Lei de Anistia ampla, geral e irrestrita significa também prejudicar o acesso à verdade histórica”³³².

Tendo seu voto sido acompanhando pelos ministros Marco Aurélio, Carmen Lúcia, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Celso de Mello, os argumentos expostos na exordial da ADPF foram fragilmente contornados, adotando-se assertivas sem embasamento fático. A Ministra Ellen Gracie, por exemplo, aduziu que “não se faz transição pacífica, entre um regime autoritário e uma democracia plena, sem concessões recíprocas. (...) a anistia (...) foi o preço que a sociedade brasileira pagou para acelerar o processo pacífico de redemocratização”³³³. Já o Ministro Cezar Peluso afixou que “se é verdade que cada povo acerta contas com o

³³⁰ SILVA FILHO, José Carlos Moreira Da. Idem, p. 539-543.

³³¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 545.

³³² Voto do Min. Eros Grau na ADPF 153, Pleno, rel. Min. Eros Grau, DJe 06.08.2010.

³³³ Voto da Min. Ellen Gracie na ADPF 153, Pleno, rel. Min. Eros Grau, DJe 06.08.2010.

passado de acordo com a sua cultura, com os seus sentimentos, com a sua índole e com a sua história, o Brasil fez uma opção pelo caminho da concórdia”³³⁴.

Veja-se o teor da ementa:

EMENTA: LEI N. 6.683/79, A CHAMADA "LEI DE ANISTIA". ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E "AUTO-ANISTIA". INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE. (...) (ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216- PP-00011).

Somente os ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Britto emitiram votos dissidentes, pela procedência parcial da ADPF, com o primeiro sustentando que “a Corte Interamericana (...) afirmou que os Estados-Partes da Convenção Americana (...) têm o dever de investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos”³³⁵. Convém apontar que o Ministro Ricardo Lewandowski foi o único a cotejar o direito interno ante as disposições normativas internacionais e às decisões dos órgãos de controle³³⁶, denotando um isolamento proposital do STF ao julgar a ação.

Deisy Ventura, em exame crítico do acórdão exarado pelo Supremo, cunhou o processo decisório da Corte de “positivismo à la carte”³³⁷, sendo precisa na seguinte constatação:

³³⁴ Voto do Min. Cezar Peluso na ADPF 153, Pleno, rel. Min. Eros Grau, DJe 06.08.2010.

³³⁵ Voto do Min. Ricardo Lewandowski na ADPF 153, Pleno, rel. Min. Eros Grau, DJe 06.08.2010.

³³⁶ RAMOS, André de Carvalho. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). Obra citada, p. 192-196.

³³⁷ VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional. In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (org.). Obra citada, p. 325.

Independentemente do teor do veredicto, tivesse a Corte enfrentado a questão de saber se as graves violações de Direitos Humanos praticadas por agentes públicos durante o regime militar configuram ou não crimes internacionais ou crimes contra a humanidade, o debate no STF teria ocorrido em diapasão doutrinário, legal e jurisprudencial radicalmente diverso. Caberia a uma Corte Suprema atenta à evolução do Direito da segunda metade do século passado travar esse debate. O STF preferiu, porém, ao longo das 266 páginas deste florão estatalista, desfilas revisões aventureiras da história, além da regurgitação de questões desprovidas de transcendência, se comparadas ao que o mundo jurídico construiu nos últimos 70 anos.³³⁸

A indispensabilidade do direito à justiça, um dos pilares de um modelo consistente de processo transicional, também não foi abordada pela tese majoritária do STF. O Ministro Cezar Peluso, inclusive, assinalou, em uma frase de tom bíblico, que “só uma sociedade superior qualificada pela consciência dos mais elevados sentimentos de humanidade é capaz de perdoar. Porque só uma sociedade que, por ter grandeza, é maior do que os seus inimigos é capaz de sobreviver”³³⁹.

Paula Bianchi Wojciechowski afirma que, dentre os elementos que compõem a justiça de transição, o direito à justiça é o mais debatido e criticado. Isso porque ele enceta questionamentos que vão desde a relação entre direito e moral até a função esperada do direito penal pela sociedade. No entanto, ainda que a legitimidade desse mecanismo seja constantemente posta em dúvida, é capital que essa turbulenta e por vezes deturpada discussão seja examinada sob a coloração dos direitos humanos.³⁴⁰

Desde os julgamentos de Nuremberg, no Pós-2ª Guerra, consolidou-se a noção de que os direitos humanos não são mais objeto exclusivo da jurisdição interna, tendo se tornado alvo do direito internacional. As violações de direitos humanos não são mais analisadas em conjunto com os limites geográficos, mas passam a independer, cada vez mais, de qualquer condicionante para serem investigadas e seus perpetradores processados e julgados.³⁴¹ Nesse sentido, aliás, está a criação do Tribunal Penal Internacional pelo Estatuto de Roma, que prevê a

³³⁸ VENTURA, Deisy. Idem, ibidem.

³³⁹ Voto do Min. Cezar Peluso na ADPF 153, Pleno, rel. Min. Eros Grau, DJe 06.08.2010.

³⁴⁰ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. O impacto do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e dos ditames da justiça transicional na interpretação e aplicação da Lei de Anistia Brasileira: a fragilização do Estado Democrático de Direito frente à denegação do direito à justiça. In: PIOVESAN, Flávia; PRADO, Inês Virgínia (coord.). Obra citada, p. 353.

³⁴¹ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. Idem, ibidem.

responsabilização penal individual na seara internacional, resultado da tendência de conferir primado ao ser humano e aos seus direitos imanescentes.³⁴²

O próprio alicerçamento da justiça de transição no plano internacional já implica que os Estados não podem mais tratar o processo transicional de modo absolutamente soberano, devendo revisitar o passado para elucidar os sistemáticos abusos e punir os responsáveis por essas atrocidades. Não se trata de revanchismo, mas de processar os agentes segundo o devido processo legal, permitindo que a verdade seja esclarecida, as reparações sejam feitas e as reformas institucionais sejam efetivadas.

Tratar de paz após um regime violento é inviável caso sejam esquecidos os desaparecimentos, as torturas e as execuções. A visão holística da justiça de transição não permite que uma lei venha a impedir que o direito à justiça seja concretizado, posto que “esta responsabilização [constitui] elemento essencial para que determinada sociedade siga em frente, solidificando-se a paz e a democracia”³⁴³.

No Brasil, afigura-se cristalino que a ausência de investigação, processamento e eventual punição dos agentes repressores representou a deficiente implementação do direito à verdade e das reformas institucionais. O impacto no campo dessas necessárias reformas envolve principalmente a perpetuação de um aparato de segurança autoritário³⁴⁴, sem contar na falta de questionamento às Forças Armadas sobre as atividades do regime militar, mantendo-se, inclusive, um sistema de justiça específico (Justiça Militar) que é altamente criticável.

A decisão do Supremo, ao reconhecer a constitucionalidade da lei de anistia, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante próprios de uma decisão em sede de ADPF, desrespeitou os precedentes da CIDH em relação às bases do processo transicional e não exerceu o inafastável controle de convencionalidade:

³⁴² RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 293 e ss.

³⁴³ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. O impacto do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e dos ditames da justiça transicional na interpretação e aplicação da Lei de Anistia Brasileira: a fragilização do Estado Democrático de Direito frente à denegação do direito à justiça. In: PIOVESAN, Flávia; PRADO, Inês Virgínia (coord.). Obra citada, p. 352.

³⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. Direito Internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia: o caso brasileiro. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Número 2 (jul/dez 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 187.

Nem o Direito convencional interamericano e ainda menos a jurisprudência da CIDH foram mobilizados no julgamento da ADPF 153. Nesse particular, o Brasil, pretendente a protagonista do regionalismo progressista, deve enrubescer diante de seus vizinhos. (...) Cabe interrogar a razão pela qual o Brasil, ao contrário de outros países, refuta o “paradigma interpretativo” da CIDH.³⁴⁵

Como a decisão do caso *Gomes Lund* foi posterior à decisão da ADPF, a CIDH também se manifestou em relação ao não exercício do controle de convencionalidade por parte do STF. Nos ‘Pontos Resolutivos’ da sentença, o órgão regional atestou, em consonância com todo o suporte teórico exposto até o momento, que “o Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana (...), como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos”³⁴⁶.

Em que pese essa incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos e com os precedentes da CIDH, é fato que, ainda que pendam embargos declaratórios em face da decisão do STF na ADPF nº 153, o *decisum* do tribunal supremo deve ser respeitado, cabendo indagar sobre a possibilidade de aplicação da sentença condenatória no caso “Guerrilha do Araguaia”. O Brasil, ao não internalizar a tese de invalidade das leis de anistia, fazendo tabula rasa do Pacto de San José da Costa Rica e do ato de reconhecimento da jurisdição obrigatória e vinculante da Corte Interamericana, propicia a discussão de um problema singular.

Teoricamente, figura, de um lado, a independência do STF e os efeitos vinculantes da decisão proferida na ADPF 153, e, de outro, a condenação do Estado brasileiro pela CIDH no caso *Gomes Lund*, determinando a invalidação da lei de anistia. Poder-se-ia defender que, como o direito internacional dos direitos humanos visa a reforçar ou ampliar a proteção dos direitos e garantias individuais na ordem local, um eventual conflito poderia ser resolvido pela aplicação do princípio da norma mais favorável à vítima³⁴⁷.

³⁴⁵ VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional. In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (org.). Obra citada, p. 336-337.

³⁴⁶ CIDH. **Caso Gomes Lund e outros v. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C n.219. Pontos Resolutivos, §5º.

³⁴⁷ RAMOS, André de Carvalho. O diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (org.). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. 1. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 819-821.

No entanto, há espaço para analisar o problema sob outro prisma e afastar um confronto direto entre as decisões das Cortes. Dessa forma, é interessante empregar a teoria do duplo controle em face desse (aparente) conflito. Conforme já se indicou, há uma atuação apartada do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade, sendo que qualquer lei ou ato normativo interno deve passar incólume por ambos os filtros. Quando a norma não superar um desses controles, por violar direitos humanos, a sua aplicação restaria prejudicada.³⁴⁸

A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao afastar a preliminar referente à “regra da quarta instância”, arguida pelo Estado brasileiro como exceção preliminar no caso *Gomes Lund*, afirmou que “a demanda apresentada pela Comissão Interamericana não pretende revisar a sentença do Supremo Tribunal Federal”³⁴⁹.

Assim, não se fala em desrespeito à decisão do STF na ADPF nº 153, vez que o Supremo é um dos órgãos competentes, no ordenamento jurídico brasileiro, para exercer o controle concentrado de constitucionalidade. Porém, observando-se que a decisão é incompatível com a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de leis de anistia, faz-se necessário aplicar a teoria do duplo controle. Como a Lei nº 6.683/79 não superou o crivo da convencionalidade exercido pela CIDH, é irrelevante que, para sustentar sua aplicação, argumente-se que a lei está em conformidade com a Constituição Federal.³⁵⁰

Como bem aponta André de Carvalho Ramos, é imperioso reconhecer que “a anistia aos agentes da ditadura, para subsistir, deveria ter sobrevivido intacta aos dois controles, mas só passou (com votos contrários, diga-se) por um, o controle de constitucionalidade. Foi destruída no controle de convencionalidade”³⁵¹. Como não há hierarquia entre a jurisdição constitucional e a internacional (não é, ao menos, a orientação adotada no presente trabalho), ressalte-se que não há que se falar em revogação ou revisão da decisão do STF, mas apenas fazer prevalecer a ideia de que, em se tratando da proteção dos direitos humanos, faz-se necessário que toda

³⁴⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 393-396.

³⁴⁹ CIDH. **Caso Gomes Lund e outros v. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C n.219, §48.

³⁵⁰ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. O impacto do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e dos ditames da justiça transicional na interpretação e aplicação da Lei de Anistia Brasileira: a fragilização do Estado Democrático de Direito frente à denegação do direito à justiça. In: PIOVESAN, Flávia; PRADO, Inês Virgínia (coord.). Obra citada, p. 365.

³⁵¹ RAMOS, André de Carvalho. Obra citada, p. 395.

norma interna se sujeite a um duplo controle: constitucionalidade (órgão principal é o STF) e convencionalidade (órgão principal é a CIDH).³⁵²

Na construção teórica de Valerio de Oliveira Mazzuoli, a lei de anistia, por não ter sido aprovada em um dos limites verticais materiais (tratados internacionais de direitos humanos), apesar de vigente, não pode ser considerada válida e não deve irradiar efeitos jurídicos. Pela teoria da dupla compatibilidade vertical material, “não poderá mais o Estado impedir a apuração dos referidos crimes cometidos pelos seus agentes (...), devendo eliminar todos os obstáculos jurídicos que durante anos impediram as vítimas do acesso à informação, à verdade e à justiça”³⁵³.

Verifica-se a desnecessidade de um ato de jurisdição interna para afastar os citados óbices jurídicos para a responsabilização dos agentes estatais. Isso porque a decisão da Corte Interamericana possui, conforme já exposto, força vinculante e natureza constitucional. Como todos os poderes constituídos da república devem realizar o controle de convencionalidade no âmbito interno, a aplicação da decisão da CIDH não necessita de qualquer intermediação jurídica.

Examinando todos esses aportes teóricos, observa-se, primeiramente, que a nossa Suprema Corte está, em comparação com outros países latino-americanos, tendo um entendimento atrasado sobre a influência do direito internacional dos direitos humanos no ordenamento jurídico interno. O que se observa atualmente é um discurso de conveniência, em que o STF reconhece apenas formalmente a jurisdição da Corte Interamericana e inexistente um diálogo efetivo.³⁵⁴

Apesar disso, verifica-se que, se o Supremo Tribunal Federal não revisar seu posicionamento na ADPF nº 153 em sede de embargos de declaração, tendo em vista o fato novo representado pela sentença condenatória emanada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund*, a imediata efetivação da decisão da CIDH, por si só, já constitui um imperativo para o Estado brasileiro.³⁵⁵

³⁵² RAMOS, André de Carvalho. Idem, p. 395-396.

³⁵³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 186.

³⁵⁴ RAMOS, André de Carvalho. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). **Crimes da Ditadura Militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 212-213.

³⁵⁵ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. O impacto do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e dos ditames da justiça transicional na interpretação e aplicação da Lei de Anistia Brasileira: a fragilização do Estado Democrático de Direito frente à denegação do direito à justiça. In: PIOVESAN, Flávia; PRADO, Inês Virgínia (coord.). Obra citada, p. 365.

A lei de anistia nacional, por ser reconhecidamente inconvençional, não deve subsistir no sistema normativo interno, independentemente da decisão na ADPF nº 153. Somente a partir da adoção institucional dessa conclusão é que o Brasil demonstrará que a adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos e a submissão à jurisdição obrigatória da Corte Interamericana não foram atos vazios e desprovidos de um real compromisso de defesa dos direitos humanos.³⁵⁶

³⁵⁶ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. *Idem*, p. 366-367.

5 CONCLUSÃO

Vimos que, após o grande conflito armado do século XX, os direitos humanos foram o mote de uma mudança estrutural na relação entre o direito interno e o direito internacional. A visão de que a dignidade humana seria objeto exclusivo da jurisdição doméstica deu lugar ao prisma do *human rights approach*, tendo-se que os direitos humanos foram o núcleo, ao menos no Ocidente, de um processo de expansão sem precedentes. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é representativa do fenômeno citado, inaugurando a concepção contemporânea dos direitos humanos fundada no tripé universalidade, indivisibilidade e interdependência.

Com o irrompimento desse novo paradigma, a edição de tratados internacionais, sejam eles globais ou regionais, constituíram sistemas de proteção dos direitos humanos ao redor do mundo. Especialmente a partir da elaboração da Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969, o sistema interamericano desponha como uma instância contramajoritária de proteção das vítimas na região latino-americana, assumindo um papel insubstituível durante e após os regimes autoritários que se alastraram no continente nas décadas de 60 e 70.

A análise da recepção, nos diferentes países da América Latina, das disposições normativas convencionais e das decisões emanadas pela Comissão e pela Corte Interamericanas, deflagrou as nuances de um diálogo jurisdicional que evoluiu distintamente em cada um dos Estados. O detalhamento do *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no cenário brasileiro apontou para diferentes correntes doutrinárias e jurisprudenciais (equivalente à lei ordinária, supralegalidade, constitucionalidade e supraconstitucionalidade), defendendo-se o *status* constitucional, mas ressalvando que, para o direito internacional, o direito interno constitui um mero fato necessariamente contornável.

Nesta seara, é inegável que o princípio *pro persona* compatibiliza-se com o interesse na maior proteção do indivíduo, devendo ser aplicada a norma que melhor proteja um direito ou uma liberdade no caso concreto, seja essa norma oriunda do direito interno (constitucional ou não) ou internacional.

Verificou-se, então, que o instituto do controle de convencionalidade decorre desses poros comunicantes que se formaram entre os ordenamentos internos e o

direito internacional dos direitos humanos. No sistema interamericano, afirmou-se que tanto a Comissão e a Corte Interamericanas, quanto os tribunais e juízes nacionais, possuem o dever de realizar o exame de compatibilidade das leis e atos normativos internos em face das disposições normativas internacionais e da interpretação/precedentes elaborados pelos órgãos desse sistema regional. Aliás, consignou-se que todos os poderes constituídos dos Estados devem realizar o filtro de convencionalidade, a fim de que os compromissos internacionais assumidos sejam respeitados integral e efetivamente.

Houve, após, um exame detido do controle jurisdicional de convencionalidade no Brasil, assinalando que esse crivo pode ser tanto concentrado como difuso, tal como ocorre no controle de constitucionalidade. A importância do diálogo entre as Cortes, o que, no Brasil, significa a necessidade de uma fertilização cruzada entre as decisões dos tribunais e juízes nacionais e a interpretação da Comissão e da Corte Interamericanas, vai de encontro à imposição de uma hermenêutica restritivamente nacional da produção normativa internacional em matéria de direitos humanos.

Se essa relação dialética não ocorrer de maneira fluida, externou-se que o controle de convencionalidade constitui um filtro independente e um segundo parâmetro de compatibilidade das normas internas, ao lado das Constituições. Dessa assertiva resulta o fato de que uma norma interna reconhecidamente inconveniente deve ser invalidada, ainda que não declarada inconstitucional. Como se procurou demonstrar, esse é o cerne da teoria do duplo controle proposta por André de Carvalho Ramos, autor que defende uma atuação apartada e autônoma do crivo de convencionalidade, seja ele interno ou externo, difuso ou concentrado.

Diante do exposto, as leis de anistia foram objeto do último capítulo deste trabalho, vez que consubstanciam um tema diretamente relacionado com as conjunturas históricas da América Latina e com a atuação do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, especialmente no processo de transição política dos diversos países do continente. De fato, o advento de leis que perdoavam os crimes cometidos por agentes governamentais durante os regimes de exceção foi um traço comum nos países americanos que se viram submetidos a governos autoritários durante a Guerra Fria.

Nesta parte da monografia, a intenção foi a de aprofundar a concepção de justiça de transição, tão cara aos Estados latino-americanos que precisa(ram)

enfrentar as sistemáticas violações de direitos humanos ocorridas no passado para vislumbrar um futuro que reserve lugar à esperança e a uma democracia consolidada. O objetivo foi o de esclarecer a preocupação da justiça de transição com as singularidades locais, definindo-a como um conjunto de mecanismos inseridos em quatro pautas mínimas (direito à reparação, direito à verdade, direito à justiça e as reformas institucionais), as quais devem ser vistas como interdependentes.

Os órgãos do sistema interamericano (Comissão e Corte) atuaram enfaticamente para delinear essa concepção de *transitional justice*, listando obrigações intangenciáveis para os Estados, tal como a necessidade de investigar os fatos, processar, julgar e eventualmente punir os agentes da repressão responsáveis pelas graves violações de direitos humanos ocorridas durante os regimes ditatoriais. O direito à justiça, como um dos pilares da justiça de transição, deve ser respeitado pelos Estados como verdadeiro compromisso internacional de cumprir as decisões e adotar o entendimento da Comissão e da Corte Interamericanas nessa matéria.

O exame de vários casos submetidos à análise da Corte Interamericana demonstra a posição solidificada dessa instância internacional quanto à imprescindibilidade do direito à justiça e do direito à verdade para um processo transicional consistente, sendo que, na maioria deles, as leis de anistia deixaram de constituir óbices à consecução das pautas transicionais (v.g. Argentina e Chile). No Brasil, a lei de anistia (Lei nº 6.683/79) também foi declarada inconvencional pela Corte Interamericana no caso *Gomes Lund*, de forma diametralmente oposta à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153, a qual reconheceu a constitucionalidade do referido diploma. A teoria do duplo controle oferece subsídios para a compreensão de que a lei de anistia nacional deve ser invalidada em vista de sua reconhecida inconvencionalidade. No entanto, observa-se que a sentença proferida pela Corte Interamericana ainda não foi integralmente efetivada no país, muito em razão do atraso do processo transicional brasileiro consubstanciada pelo acórdão do STF na ADPF nº 153.

Passados quase quatro anos da sentença condenatória no caso *Gomes Lund*, convém realizar alguns apontamentos sobre a inacabada justiça de transição brasileira. Em que pese a falta de reconhecimento e efetivação do direito à justiça, houve alguns avanços substanciais em outras pautas do processo transicional,

alguns dos quais, inclusive, foram objetos de atenção institucional muito antes da condenação do Estado brasileiro no sistema interamericano.

Dentre todas as medidas adotadas pelo Brasil em relação aos abusos cometidos na ditadura, o direito à reparação destaca-se como aquele para o qual melhor foram direcionados os esforços estatais. De fato, o direito à reparação fora constitucionalizado no artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, já ocorreram vários pedidos formais de perdão às vítimas e/ou familiares e diversas indenizações já foram pagas a esses indivíduos com base na Lei nº 9.140/95.

Também é possível citar algumas iniciativas que, além de envolverem as mencionadas reparações, também buscaram informações do período ditatorial, como as atuações da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos, instituída pela supracitada Lei nº 9.140/95, e da Comissão de Anistia, instituída pela Lei nº 10.559/02, bem como, no âmbito desta última, das “Caravanas da Anistia”. Todas essas providências vão ao encontro da imperiosa necessidade de concretização dos direitos à memória e à verdade.

Após a sentença da CIDH no caso *Gomes Lund*, foram aprovadas a Lei nº 12.527/11, ou Lei de Acesso à Informação, e a Lei nº 12.528/11, a qual criou a Comissão Nacional da Verdade. A primeira lei realocou a questão do sigilo em matéria de transparência pública, revogando a Lei nº 11.111/05 que o concebia como regra, para compreendê-lo, à luz da Constituição Federal, como exceção. A segunda positivou o direito à verdade, estruturando um órgão com prerrogativas sem precedentes na história nacional para elucidar os acontecimentos históricos da época da ditadura vintenária.

Não à toa, a efetivação do direito à justiça vem encontrando cada vez mais apoio na sociedade civil, sendo que algumas iniciativas foram tomadas dentro do Poder Legislativo e como provocação ao Poder Judiciário. Nesse cenário, cite-se o Projeto de Lei do Senado nº 237/2013, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues, que busca a revisão da lei de anistia nacional (Lei nº 6.683/79) a partir da redefinição de crimes conexos. Segundo o artigo 1º do mencionado projeto: “não se incluem entre os crimes conexos [definidos pela Lei de Anistia] aqueles cometidos por agentes públicos, militares ou civis, contra pessoas que, de qualquer forma, se opunham ao regime de governo vigente no período por ela abrangido”. Ainda, conforme o artigo 2º: “a prescrição, bem como qualquer outra causa de extinção da punibilidade, não é aplicável aos crimes a que se refere o art. 1º”. Em abril deste

ano, o projeto foi aprovado pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa.

De modo similar, no Projeto de Lei 573/2011, de autoria da Deputada Luiza Erundina, pretende-se conferir interpretação autêntica ao disposto no artigo 1º, §1º, da Lei nº 6.683/79, para definir que “não se incluem entre os crimes conexos [definidos pela Lei de Anistia] os crimes cometidos por agentes públicos, militares ou civis, contra pessoas que, de modo efetivo ou suposto, praticaram crimes políticos”. O projeto encontra-se, atualmente, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Na ADPF nº 320/2014, de autoria do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), pleiteia-se que o Supremo Tribunal Federal “determine a todos os órgãos do Estado Brasileiro o cumprimento da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, visto que, segundo a legenda, “não padece a menor dúvida de que a inexecução, pelo Estado Brasileiro, da sentença condenatória proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos representa clara violação da ordem constitucional brasileira”.

Em paradigmático parecer, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se favoravelmente à revisão da Lei de Anistia, afirmando que “é admissível a arguição de descumprimento de preceito fundamental contra interpretações judiciais que, contrariando o disposto na sentença do caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, declarem extinta a punibilidade de agentes envolvidos em graves violações a direitos humanos, com fundamento na Lei de Anistia (Lei 6.683/79)”.

A partir desses exemplos, verifica-se que a justiça de transição brasileira caminha a festejados passos após um longo período de inércia. O dinamismo inerente ao processo transicional enfim se manifesta significativamente em *terrae brasiliis*, muito em razão da sentença condenatória proferida pela Corte Interamericana em 2010, a qual deve ser respeitada e cumprida integralmente por todos os poderes constituídos.

No entanto, se no âmbito dos direitos à memória, à reparação e à verdade o Brasil adotou condutas compatíveis com os postulados da *transitional justice*, a impunidade dos agentes repressores segue como um obstáculo à concretização do direito à justiça e, por conseguinte, de imprescindíveis reformas institucionais. O movimento coletivo que vem tomando forma atualmente é sinal de que a disputa em

prol do robustecimento da justiça de transição nacional possui aderência de vários membros de diferentes poderes da república, tendo a potencialidade de transformar os rumos da nossa incipiente democracia.

A deslegitimação das pautas da justiça de transição decorre em uma indiferença altamente criticável quanto ao grau de efetivação dos direitos fundamentais no país, posto que “é difícil construir um Estado de Direito ignorando graves violações a direitos civis e políticos e fracassando ao responsabilizar agentes governamentais do passado e do presente”³⁵⁷.

Nos dizeres de Paulo Abrão e Marcelo Torelly, “é esta luta que nos leva a refutar (...) a ideia de que é possível esquecer o passado e olhar para o futuro como se o mundo se iniciasse neste mesmo instante”³⁵⁸. Combater o esquecimento dos crimes de lesa humanidade e sustentar a responsabilização individual dos agentes perpetradores de graves violações aos direitos humanos deflagram condutas consonantes às obrigações internacionais contraídas pelo Brasil e ao discurso de proteção incondicional dos direitos humanos. O descarte dessa conclusão implica em uma omissão inexplicável para o país, que transforma a Constituição Federal em letra morta e coloca o Estado em uma posição vergonhosa no plano internacional.

³⁵⁷ SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. **The Emergence and Impact of Human Rights Trial and Do Human Rights Trials improve Human Rights?** Paper presented at the Princeton International Relations Faculty Colloquium, march 2006.

³⁵⁸ ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira: a terceira fase da luta pela anistia. In: PIOVESAN, Flávia; PRADO, Inês Virgínia (coord.). **Direitos Humanos Atual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 126.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso. **Os direitos da transição e a democracia no Brasil**: estudos sobre justiça de transição e teoria da democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (org.). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. 1. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BENJAMIN, Walter. **Obras escolhidas**. vol. 1. Magia e técnica, arte e política – ensaios sobre a literatura e história da cultura. trad. Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). **Estudos Avançados de direitos humanos, democracia e integração jurídica**: emergência de um novo direito público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Número 1 (jan/jul 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

_____. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Número 2 (jul/dez 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

_____. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Número 4 (jul/dez 2010). Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153. Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29 de abril de 2010, DJe 06-08-2010.

CANTOR, Ernesto Rey. **Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos**. México, D.C.: Porruá, 2008.

CAPUTO, John. **Desconstrução numa casca de Noz. Conversa com Jacques Derrida**. Nova York: Fordham University Press, 1997.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano e outros v. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Serie C n.154.

_____. **Caso Barrios Altos v. Peru**. Sentença de 14 de março de 2001. Serie C n.75.

_____. **Caso Gomes Lund e outros v. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C n.219.

_____. **Caso Gelman v. Uruguai**. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Serie C n.221.

_____. **Caso Goiburú v. Paraguai**. Sentença de 22 de setembro de 2006. Serie C n.153.

_____. **Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos e outros) v. Chile**. Sentença de 05 de fevereiro de 2001. Serie C n.73.

_____. **Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala**. Sentença de 25 de novembro de 2003. Serie C n.101.

_____. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro e outros) v. Peru**. Sentença de 24 de novembro de 2006. Serie C n.158.

_____. **Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras**. Sentença de 29 de julho de 1988. Serie C n.04.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito supraconstitucional: do Absolutismo ao Estado Constitucional Humanista de Direito**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. (org.). **Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

HÄBERLE, Peter. **O Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Safe, 1998.

INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE. **What is Transitional Justice?** Disponível em: <<http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-English.pdf>> Acesso em: 17/08/2014.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva S/A, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano – Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MARTIN-CHENUT, Kathia; LAMBERT ABDELGAWAD, Elisabeth. **Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme: la Cour Interaméricaine, pionnière et modèle?** Paris: Société de législation comparée, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PASQUALUCCI, Jo M. **The practice and procedure of the Inter-American Court on Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (org.). **A anistia na Era da Responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e Repressão: o Autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. trad. Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PIOVESAN, Flávia; PRADO, Inês Virgínia (coord.). **Direitos Humanos Atual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

_____. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Fórum, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRINCETON INTERNATIONAL RELATIONS FACULTY COLLOQUIUM, 1., 2006, Princeton. **Paper...** Princeton: Princeton International Relations Faculty Colloquium, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. 9. ed. trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
 SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. **The Emergence and Impact of Human Rights Trial and Do Human Rights Trials improve Human Rights?** Paper presented at the Princeton International Relations Faculty Colloquium, march 2006.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Verbete Justiça de Transição. In: **Dicionário de Direitos Humanos**. Escola Superior do Ministério Público da União, 2012.
 Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tikindex.php?page=Justi%C3%A7a+de+transi%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 16/08/2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional. In: **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. Ano 3, vol. 3, nº 3, 2002.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; ROBLES, Manuel E. Ventura. **El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, 2003.

UN SECURITY COUNCIL. **The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies**. Document n. 2004/616. Disponível em: <<http://www.undemocracy.com/S-2004-616.pdf>>. Acesso em: 15/08/2014.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. **Leis de Anistia e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos**: estudo comparativo Brasil, Argentina e Chile. Curitiba: Juruá, 2013.